Die Anfänge und die geschichtliche Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages, dargelegt am römischen Recht, am Recht der Papyrusurkunden und am deutschen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Philipp Krapp

aus Bamberg

Referendar am Landgericht Bamberg

Approbiert am 28. April 1931.

Buchdruckerei Otto Mauser · Forchheim Ofr., Paradeplatz 3
1931

31:182

Referent:
Univ.-Professor Geh. Justizrat Dr. Kübler.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhalts-Uebersicht.

A. Einleitung.

Feststellung der Begriffe Dienstvertrag und Arbeitsvertrag — Hinweis auf ihre Bedeutung zu allen Zeiten — Aufstellung des Themas.

B. Hauptteil.

Die Anfänge und die geschichtliche Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages.

I. Vorbemerkungen:
Hinweis auf die Sklaverei — Anknüpfung des Dienst- und Arbeitsvertrags an die Sklavenmiete und an die Sachmiete — Selbstvermietung.

II. Römisches Recht:
Vorherrschen der Sklaverei — Oikenwirtschaft — unpersönliche Auffassung des Dienst- und Arbeitsvertrages als eines rein schuld- und vermögensrechtlichen Austauschgeschäftes über Miete von Leistungen nach Analogie der Sachmiete — Gegensatz zwischen operae liberales und operae illiberales.

III. Recht der Papyrusurkunden:
Auch hier ursprünglich Eigenarbeit und Sklavenarbeit — im Anschluss an die Sklavenmiete Entwicklung des freien Dienst- und Arbeitsvertrages unter dem Gattungsbegriff Miete.

IV. Deutsches Recht:
Entstehung des deutschrechtlichen Dienstvertrages aus dem Treudienstvertrag, als einem personenrechtlichen Verhältnis zwischen Gefolgsherrn und Gefolgsmann — allmählige Entwicklung zu einem Schuldvertrag mit personenrechtlichen Wirkungen — keine Unterscheidung zwischen operae liberales und operae illiberales — trotz der Rezeption des römischen Rechts keine dauerende Aenderung — Fortleben der deutschen Auffassung in den Sonderrechten.

C. Schluss.

Aufnahme der deutschrechtlichen Auffassung in das Bürgerliche Gesetzbuch — wirtschaftlicher Liberalismus und freier Arbeitsvertrag — Mißstände — Entstehung des modernen Arbeitsrechts — Verdrängung des Begriffs „Dienstvertrag" durch den Begriff „Arbeitsvertrag" — Eindringen des öffentlichen Rechts — Individualismus und Kollektivismus — Ersetzung des Einzelarbeitsvertrags durch den Kollektivvertrag, den Tarifvertrag — Zusammenwirken von schuldrechtlichen und personenrechtlichen, römischrechtlichen und deutschrechtlichen Elementen.

Literaturverzeichnis.

Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin. Herausgegeben von der Generalverwaltung. Griechische Urkunden IV. Band. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung 1912.

Anschütz. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919. 8. Auflage, Berlin 1928 in Stilkes Rechtsbibliothek.

Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausgegeben von Potthoff-München.
IX. Jahrgang, Mai 1922 Heft 5,
XI. „ Juni 1924 „ 6,
XII. „ April 1925 „ 4.

Archiv für Stenographie, Monatshefte für die wissenschaftliche Pflege der Kurzschrift aller Zeiten und Länder. Herausgegeben von Dewischeit — 56. Jahrgang — Neue Folge Band I, Berlin 1905.

Dasselbe — 57. Jahrgang — Neue Folge Band II Berlin 1906.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876, II. Teil: System des Kaufs nach gemeinem Recht, Erlangen 1884.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896.

Bosserhoff, Die Vertragsfreiheit bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsvertrages im früheren und heutigen Recht (nach dem Stande der Gesetzgebung am 1. Juni 1922). Dissertation Köln 1924.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II. Band 1. Abteilung, 2. Auflage, Erlangen 1879.

Brunner-Heymann, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, V. Auflage, München-Leipzig 1925.

Burckhardt, Zur Geschichte der locatio conductio, Basel 1889.

M. Tullii Ciceromis, de offiziis ad Marcum filium, erklärt von Otto Heine. 6. Auflage, Berlin 1885.

Corpus juris civilis, editio, stereotypa nona. Volumen primum. Institutiones recognovit Paulus Krueger. Digesta recognovit Theodorus Mommsen. Berolini apud Weidmannos 1902.

Corpus juris civilis, editio stereotypa septima. Volumen secundum. Codex Justinianus recognovit Paulus Krueger. Berolini apud Weidmannos 1900.

Corpus juris civilis, editio stereotypa tertia. Volumen tertium. Novellae recognovit Rudulfus Schoell, opus Schoellii morte interceptum absolvit Guilelmus Kroll. Berolini apud Weidmannos 1904.

Degenkolb, Platzrecht und Miete. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie. Berlin 1867.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens II. Band 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens I. u. II. Auflage, Halle 1901.

Dernburg, Pandekten I. Band, Berlin 1884, II. Band Berlin 1886, III. Band Berlin 1887.

Dernburg, System des Römischen Rechts. Der Pandekten 8. umgearbeitete Auflage, bearbeitet von Socolowsky Berlin 1911 u. 1912.

Dessau, Geschichte der römischen Kaiserzeit, Band I Berlin 1924, Band II 1. und 2. Abteilung Berlin 1926 und 1930.

Endemann, Römisches Privatrecht in „Grundrisse der Rechtswissenschaft" Berlin, Leipzig 1925.

Enneccerus, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts, Einleitung, Allgemeiner Teil, 22.—24. Auflage, Marburg 1924. — Recht der Schuldverhältnisse 18.—22. Auflage, Marburg 1923.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission. Amtliche Ausgabe, Berlin 1888.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1895.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1896.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines zugehörigen Einführungsgesetzes in der Fassung der Bundesratsvorlagen. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1898.

Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Stenographische Berichte. Berlin 1896.

Encyklopädie der Rechtswissenschaft begründet von Holtzendorff, herausgegeben von Kohler. 6. Auflage, 1904.

Gaii Institutionum commentarii quattuor. Ex recensione et cum commentariis Joh. Frid. Lud. Goeschenii. Opus Goeschenii morte interruptum absolvit carolus Lachmannus. 1841.

Gierke, Deutsches Privatrecht, III. Band, Schuldrecht, München-Leipzig 1917 in Binding, Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, II. Abteilung, III. Teil, III. Band.

Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages in der Festschrift für Heinrich Brunner zum 50jährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914. Ueberreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin. München-Leipzig 1914.

Girard, Geschichte und System des Römischen Rechts. Uebersetzt und mit Zusätzen versehen von Robert von Mayr. Berlin 1908.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier — Somlo und Alexander Elster. Berlin-Leipzig 1920.

Heubner, Steffen, Escherich, Jahrbuch für Kinderheilkunde, 70., der dritten Folge 20. Band, Berlin 1909.

Heyrowsky, Ueber die Rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem Römischen Staat und Privaten. Leipzig 1881.

Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 4. Auflage. Leipzig-Erlangen 1922.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Band I 1928, Band II 1930.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.

Janssen, Geschichte des deutschen Volkes seit dem Ausgang des Mittelalters, Freiburg 1878.

Ihering, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. I. Teil, 7. und 8. Auflage. Leipzig 1924.

Ihering und Unger, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Band V Jena 1861, Band XIV, Jena 1875.

Ihering, Der Zweck im Recht, Leipzig 1877.

D. Junii Juvenalis Satirae with a literal english prose translation and notes by John Delaware Lewis London 1873.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. Band, Leipzig 1901.

Kaskel, Arbeitsrecht, III. Auflage, Berlin 1928 in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Herausgeber E. Kohlrausch, und W. Kaskel XXXI.

Klotz, Handwörterbuch der lateinischen Sprache, I. Band Braunschweig 1853, II. Band Braunschweig 1857.

Kohler-Ungnad, Hammurabis Gesetz Leipzig 1909 Band 3, Leipzig 1910 Band 4, Leipzig 1911 Band 5.

Kohler-Wenger, Allgemeine Rechtsgeschichte, Orientalisches Recht

und Recht der Griechen und Römer, Berlin-Leipzig 1914 in Kultur der Gegenwart. Des Gesamtwerkes Teil II, Abteilung VII, 1.
Kohler, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Band 29, Stuttgart 1913.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Auflage. Berlin-Leipzig 1928.
Kübler, Die Lebensstellung der Stenographen im römischen Kaiserreich in Archiv für Stenographie. 57. Jahrgang, Berlin 1906.
Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Leipzig-Erlangen 1925.
Kübler, Lesebuch des Römischen Rechts 1925.
Kübler, Privatrechtliche Kompetenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit in der Festschrift zu Otto Hirschfelds 60. Geburtstage Berlin 1903. Sonderabdruck aus: Beiträge zur alten Geschichte und griechisch-römischen Altertumskunde.
Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts, Rede, gehalten bei der Uebernahme der Rektorwürde der Universität Köln am 12. November 1921. Köln 1922 in Kölner Universitätsreden Nr. 6.
Lewald, Zur Personalexekution im Recht der Papyri, Leipzig 1910.
Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Leipzig 1915.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches I. Band Leipzig 1902, II. Band Leipzig 1908.
Marquardt, Das Privatleben der Römer, II. Teil, Leipzig 1882 im Handbuch der römischen Altertümer von Joachim Marquardt und Theodor Mommsen, VII. Band.
Mayr, Römische Rechtsgeschichte, Leipzig 1912 und 1913 in Sammlung Göschen.
Mayer, Juristische Papyri, Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde, Berlin 1920.
Meyerhof, Der Dienst-Mietevertrag nach dem BGB. Dissertation Rostock 1902/03.
Melsbach, Das geltende Reichsarbeitsrecht und die Vorarbeiten für die Neuregelung des Arbeitsrechts im „Reichs-Arbeitsblatt" Jahrgang 1 Nummer 21.
Mitteis, Aus Römischem und Bürgerlichem Recht 1918.
Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Leipzig 1891.
Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, Leipzig-Berlin 1912.

Molitor, Zur Geschichte des Arbeitsvertrags in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Band 87, Jahrgang 1924.
Mommsen, Abriss des Römischen Staatsrechts, Leipzig 1893 in Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding. I. Abteilung, 3. Teil.
Mommsen, Die Römischen Anfänge von Kauf und Miete in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung. VI. Band 1885.
Mommsen, Römisches Staatsrecht, II. Band, 1. Abteilung, Leipzig 1874, 2. Abteilung Leipzig 1875 im Handbuch der römischen Altertümer von Marquardt und Mommsen.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906.
Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht Berlin 1923.
Julii Paulli sententiarum ad filium in Bibliotheca scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana. Juris prudentiae Anteiustinianae quae supersunt, herausgegeben von Huschke, Leipzig 1867.
Paulys-Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung. Unter Mitwirkung zahlreicher Fachgenossen, herausgegeben von Wissowa.
Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. I. Band, Halle 1873.
C. Plini secundi naturalis historiae libri XXXVII. Post Ludowici Jani obitum edidit Carolus Mayhoff. Vol. III libri XVI–XXII. Lipsiae in aedibus B. G. Teubnerie. 1892.
Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Auflage, Berlin 1928.
Potthoff, Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag in der Deutschen Richterzeitung, herausgegeben vom Deutschen Richterbunde., 13. Jahrgang 1921, Nr. 10.
Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes, Berlin 1922.
Preisigke, Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden mit Einschluss der chriechischen Inschriften, Aufschriften, Ostraka, Mumienschilder usw. aus Aegypten, herausgegeben von Kiessling, I. Band, Berlin 1925, II. Band, Berlin 1927.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes, bearbeitet von Achilles - Gebhard - Spahn. Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898.
Puchta, Pandekten, 3. Auflage, Leipzig 1845.
Reich, Papyri juristischen Inhalts in hieratischer und demotischer Schrift aus dem British Museum in Denkschriften der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien. 55. Band, III. Abhandlung. Reichsgericht, Entscheidung in Civilsachen Bd. 18.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840 – 1849.

Schott, Der Mensch und die Arbeit im Recht der Zeiten. Rede gehalten bei der Uebernahme des Rektorats der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau 1917.

Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Auflage, Leipzig 1902.

Schubart, Einführung in die Papyruskunde, Berlin 1918.

Schwarz, Die öffentliche und private Urkunde im römischen Aegypten. Studien zum hellenistischen Privatrecht. Des 31. Bandes der Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der Sächsischen Akademie der Wissenschaften Nr. III, Leipzig 1920.

L. Annaei Senecae opera quae supersunt. Volumen III. L. Annaei Senecae ad Lucilium epistularum moralium quae supersunt edidit Otto Hense. Lipsae in aedibus B. G. Teubneri 1898.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. II. Band, 4. Auflage, Würzburg 1867.

Silberschmidt, Das Deutsche Arbeitsrecht. I. Teil: Das Deutsche Arbeitsrecht im weiteren Sinne 1926, II. Teil, 1. Stück: Das Deutsche Arbeitsrecht im engeren Sinne 1929.

Silberschmidt, Arbeitsverhältnis und Schuldverhältnis in der Juristischen Wochenschrift 1923 p. 221 ff.

Siefart, Zur Geschichte der Entstehung eines Deutschen Arbeitsgesetzbuchs in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht. 1. Jahrgang, September 1921, Heft 5 – 6.

Sinzheimer, Grundzüge der Arbeitsrechts, Jena 1927, 2. Aufl.

Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. I. Band, das Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Auflage, Berlin 1901.

Sohm, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts. 13. Auflage, Leipzig 1908.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1885, III. Band.

Staatslexikon, im Auftrag der Görres-Gesellschaft unter Mitwirkung zahlreicher Fachleute, herausgegeben von Hermann Sacher. 5. Auflage Freiburg.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Auflage 1928, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse.

Stockar, Ueber den Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht, Dissertation Rostock 1902.

Sudhoff, Aerztliches aus griechischen Papyrus-Urkunden in Studien zur Geschichte der Medizin, herausgegeben von der Puschmann-Stiftung, Heft 5/6 Leipzig 1909.

Weiss, Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Leipzig 1923.

Wilcken, Griechische Ostraka, 1. Buch, Leipzig-Berlin 1899.

Windscheid,-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, 3 Bände.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Bekker, Pernice, Schröder, Brunner. IX. Band, romanistische Abteilung, Weimar 1888;
dasselbe VI. Band, Weimar 1885.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie. Wien 1814.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. II. Auflage. Berlin 1794.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863. Leipzig 1863.

Wilcken, Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete. Band I Leipzig 1901 und Band III Leipzig 1903.

Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates, Leipzig und Berlin 1910, Erstes Beiheft zum Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete, herausgegeben von Ulrich Wilcken.

Rostovtzeff Michael, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, übersetzt von Lothar Wickert, 2 Bände, Leipzig.

A. Einleitung.

Schon in den Uranfängen der Geschichte war die wirtschaftliche und gesellschaftliche Lage der Menschen keine gleichartige. Zu allen Zeiten und bei allen Völkern des Erdenrunds stossen wir vielmehr auf wirtschaftliche und gesellschaftliche Unterschiede, auf Klassengegensätze innerhalb der Menschen ‹z. B. Sklaverei des Altertums, Hörigkeitsverhältnisse des Mittelalters›. Diese wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Unterschiede bezeichnet man heutzutage mit dem Schlagwort „Soziale Unterschiede" und Personengruppen, die sich in der gleichen sozialen Lage befinden, nennt man „Soziale Klassen".

Zur Wahrung ihrer gleichartigen Interessen bemühen sich nun die Mitglieder gleichartiger sozialer Klassen sich zusammenzuschliessen im Kampfe gegen andere soziale Klassen. So kommt es zu „Sozialen Gegensätzen" und sogar zu „sozialen Kämpfen". Und solche soziale Kämpfe toben nicht nur in unseren Tagen, nein, ihre Geschichte ist fast so alt, wie die Geschichte der Menschheit. Je heftiger nun solche Kämpfe geführt werden, um so dringender taucht die Frage auf, wie man sowohl im Interesse des Einzelnen, als auch des Ganzen die sozialen Gegensätze beseitigen oder doch wenigstens mildern könne. Diese Frage bezeichnet man heutzutage als „soziale Frage". Man darf nun nicht glauben, dass, weil dieses Schlagwort erst in jüngster Zeit entstanden ist, auch die Fragen, die es bezeichnet, erst in jüngster Zeit entstanden seien. Im Gegenteil! Auch die soziale Frage hat, wie in der Gegenwart, so auch schon zu allen Zeiten und bei allen Völkern eine gar bedeutsame Rolle gespielt und auf Entwicklung, Leben und Sterben der Völker entscheidenden Einfluss ausgeübt.

In der Gegenwart ist der Kernpunkt der ganzen sozialen Frage die Ueberwindung der zu Anfang des vorigen Jahrhunderts infolge der Triumphe der Naturwissenschaften, des Fortschritts der Technik, der kapitalistischen Entwicklung und der zunehmenden Industrialisierung der wichtigsten Länder entstandenen Gegensätze zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, zwischen Fabrikherrn

und gewerblichen Arbeitern, die sogenannte „gewerbliche Arbeiterfrage" oder auch „soziale Frage im engeren Sinne" genannt.

Es war nämlich ein Umsturz der bisherigen Arbeitsmethoden erfolgt, indem Handarbeit und Handwerksbetrieb durch Maschinenarbeit und Fabrikbetrieb ersetzt wurden. Dieser Umstand, ferner weitgehende Arbeitsteilung und Massenproduktion brachten eine Anhäufung unselbständiger Arbeitskräfte mit sich dergestalt, dass viele bisher selbständige Handwerker ihre Selbständigkeit aufgeben und sich einem mächtigeren Arbeitgeber zu unselbständiger Lohnarbeit unterordnen mussten. Aber auch den heranwachsenden Lehrlingen und Gesellen blieb es vielfach versagt, selbständig zu werden. „Es entsteht eine Klasse von Personen, die zwar im Gegensatz zu den Sklaven und Hörigen des Altertums und Mittelalters persönlich vollständig frei sind, die aber, um ihren Lebensunterhalt zu erwerben, sich damit abfinden müssen, dauernd für ihre ganze Lebenszeit im Dienste anderer Lohnarbeit zu verrichten."[1]

So enstand der neue Berufsstand der unselbständigen Lohnarbeiter, dem sich in der Folgezeit durch das Zusammenwirken verschiedener hier nicht zu erwägender Gründe ein immer grösserer Teil der Gesamtbevölkerung zuwandte. Zugleich damit tauchte die Aufgabe auf, diesem neuen Berufsstand gesicherte Lebensbedingungen zu schaffen. Das enge persönliche und patriarchalische Band, das in früheren Zeiten häufig Meister und Gesellen und Arbeiter verknüpft hatte, war gelockert worden.

An die Stelle des Merkantilismus mit seiner Bevormundung und Beaufsichtigung der Wirtschaft durch den Staat und der bisherigen genossenschaftlichen und staatlich-polizeilichen Regelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse waren die Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus getreten. Handel und Industrie sollten sich ungehemmt durch staatliche Eingriffe entfalten. Freie Konkurrenz (Laissez faire, laissez passer) sollten die Kräfte des Einzelnen zur Höchstleistung anspannen und eine Harmonie der Wirtschaft herbeiführen. Neben Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, sollte auch Freiheit bei der Schaffung der Arbeitsbedingungen herrschen. (Vergl. § 105 Gew.O.: „Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen

[1] Hueck-Nipperdey I p. 8.

Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist . . . . Gegenstand freier Uebereinkunft".) Die geforderte Gleichberechtigung zwischen den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die in freiem Vertrage Lohn- und Arbeitsbedingungen regeln sollten, war aber nur eine formale. Das Kräfteverhältnis verschob sich immer mehr zu Gunsten des Arbeitgebers, dessen wirtschaftliche Macht gestiegen war, da ihm die Produktionsmittel zur Verfügung standen. Die wirtschaftlichen Kräfteunterschiede zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern liessen einen tatsächlich freien Arbeitsvertrag meist nicht zu. Der Arbeitnehmer, der lediglich seine Arbeitskraft in den Kampf einsetzen konnte und der gezwungen war, dieselbe zu verwerten, um überhaupt mit seiner Familie leben zu können, wurde mehr und mehr als Produktionsfaktor angesehen und behandelt; trotz formeller Rechtsgleichheit beruhten die Arbeitsbedingungen vielfach auf mehr oder weniger einseitigem Diktat des Arbeitgebers und fiel ein verhältnismässig zu grosser Teil am Arbeitsertrag diesem zu.[2])

Diese Gefahr übermässiger Ausnutzung und Ausbeutung der Arbeitskraft der Arbeitnehmer wurde noch dadurch vermehrt, dass die Arbeitgeber vielfach billige Arbeitskräfte, insbesondere auch Frauen und Kinder bevorzugten und dass ferner durch die Industrialisierung eine Erhöhung der Unfall- und Krankheitsgefahren und das Entstehen neuer Berufskrankheiten bedingt wurde. So entstanden auch Gefahren für die kommenden Geschlechter und für die Volkskraft.

Diesen Gefahren und Mißständen suchte man von verschiedenen Seiten zu begegnen: durch Selbsthilfe der Beteiligten und durch staatliche Hilfe auf dem Wege der Gesetzgebung[3]).

Die gefährdeten Berufskreise schlossen sich zu Verbänden zusammen, um durch gemeinsames Vorgehen ihre Lebensbedingungen zu verbessern, wenn auch das Recht der Vorkriegszeit im allgemeinen dieser Bewegung feindlich gegenüberstand. Private Wohlfahrtseinrichtungen und caritative Vereine haben auch ihr möglichstes getan, um zu helfen. Die wirksamste Hilfe aber konnte und musste der Staat bringen im eigenen Interesse und in dem der Staatsangehörigen; denn einerseits ist der Staat bei jedem

[2]) Vergl. Hueck-Nipperdey I p. 9.

[3]) Vergl. darüber Hueck-Nipperdey I p. 9 ff.

Arbeitsverhältnis mit beteiligt, weil die durch das Arbeitsrecht geschützte Arbeitskraft ein Stück Nationalgut bildet, andererseits sind die Vertragsparteien, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bei dem Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses, seiner Durchführung und der Entscheidung der Streitigkeiten vielfach auf eine Mitwirkung des Staates angewiesen.

Es begann das Jahrhundert der Sozialpolitik und der Staat schuf eine eigene Sonder-Gesetzgebung für die besonderen Verhältnisse der abhängigen Lohnarbeiter, mit dem Zwecke, diesen Berufsstand körperlich, seelisch und wirtschaftlich zu heben und zu sichern. Dieses Schutzbedürfnis entstand allmählich aber auch für andere Arbeitnehmerklassen z. B. technische und kaufmännische Angestellte, land- und forstwirtschaftliche Arbeiter, Hausangestellte, Seeleute usw. So entstand ein modernes Sonderrecht für die Berufsstände, die auf Grund von Arbeitsverträgen berufsmässig unselbständige Lohnarbeit verrichten. Dieses moderne Sonderrecht nennt man „Arbeitsrecht"[4].

Das Arbeitsrecht[5] ist nun nicht das einzige Mittel zur Lösung des sozialen Problems, wenn auch vielleicht das wichtigste. Die grosse Wissenschaft, die sich mit der sozialen Frage und ihrer Lösung beschäftigt, nennt man heute Sozialpolitik und das Arbeitsrecht ist nur ein Teil derselben. Die Probleme der Sozialpolitik waren und sind bezüglich ihrer inneren Ursachen und ihrer äusseren Erscheinungsformen, ihrer Lösungsmöglichkeiten und ihrer Wirkungen in den verschiedenen Zeiten und Ländern verschieden. Dagegen kann man das Arbeitsrecht als das Ergebnis und als die Rechtsnormen

[4] Vergl. Kaskel a. a. O. p. 2 und die dort angegebene Literatur über die begriffliche Abgrenzung des Arbeitsrechts. Siehe auch Hueck-Nipperdey a. a. O. I p. 1: „Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer". Das ist die herrschende Ansicht. Vergl. insbesondere auch Örtmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht Berlin 1923 p. 13 ff: Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts p. 3 ff., Lotmar, Der Arbeitsvertrag I p. 32 und 264 ff., der alle auf Arbeitleistung gerichteten entgeltlichen Verträge als Arbeitsverträge zusammenfasst und einheitliche Regeln für sie aufzustellen versucht. Siehe auch Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht I p. 12 ff, insbes. p. 27: Arbeitsrecht ist „die Summe der auf die Arbeit, d. h. auf menschliche Kraftentwicklung zur Ueberwindung von Hindernissen bezüglichen Rechtsnormen". Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts; Jacobi a. a. O. p. 34 ff, insbesondere p. 59.

[5] Ueber Wesen und Aufgabe desselben vergleiche auch die Ausführungen bei Hueck-Nipperdey I p. 25 ff.

der sozialpolitischen Arbeit einer bestimmten Zeitspanne in einem bestimmten Volke bezeichnen.

Gegenstand des Arbeitsrechts ist das Arbeitsverhältnis in allen seinen Teilen. Unter einem Arbeitsverhältnis[6] versteht man ein Rechtsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer, kraft dessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unselbständige Lohnarbeit leisten muss. Kürzer gesagt ist also Gegenstand des Arbeitsrechts die unselbständige Lohnarbeit in der Gesamtheit ihrer möglichen rechtlichen Beziehungen.

Solche Rechtsbeziehungen bestehen nun zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und werden geregelt durch das Arbeitsvertragsrecht; ferner zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinen Kollegen und Mitarbeitern. Diese Rechtsbeziehungen, die sich aus der Zugehörigkeit zum gleichen Betrieb oder aus dem gewerkschaftlichen Zusammenschluss ergeben, regelt das Arbeitsverfassungsrecht. Endlich bestehen noch Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern einerseits und dem Staate andererseits, der die Arbeitskraft seiner Bürger als nationales Gut vorbeugend zu erhalten und zu schützen hat, indem er gewisse Schäden, die dem Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsverhältnis drohen, tunlichst verhüten ‹Arbeiterschutz› und bereits eingetretene Schäden möglichst heilen und mildern soll. ‹Arbeiterversicherung›. Diese Rechtsbeziehungen werden zusammengefasst im Arbeiterschutzrecht[7] und Arbeiterversicherungsrecht[8].

Da also das Arbeitsrecht einerseits Rechtsbeziehungen einzelner Privatpersonen zu einander, andererseits Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlicher Art von Privatpersonen zum Staat enthält, so

---

[6] Ueber Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis vergl. Hueck-Nipperdey I p. 97 ff; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht I p. 53 ff, fasst den Begriff Arbeitsverhältnis weiter, indem er es als die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen bezeichnet, „die auf Grund eines Arbeitsvertrages oder einer Beschäftigung bestehen" und kommt daher auch zu einem entsprechend weiteren allgemeinen Begriff des Arbeitsrechts überhaupt und behandelt erst als Sonderrechtsgebiet desselben das Recht der abhängigen Arbeit im zweiten Teil seines Werkes.

[7] Vergl. Kaskel a. a. O. p. 193 ff; Hueck-Nipperdey a. a. O. I p. 381 ff.

[8] Ueber das System des Arbeitsrechts vergl. die Ausführungen von Jacobi p. 427 ff; Hueck-Nipperdey I p. 82 f.

ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass das Arbeitsrecht[9] in das Privatrecht und in das öffentliche Recht eingreift, wenn auch durch die neuere Entwicklung das Schwergewicht sich zu Gunsten des öffentlichen Rechts verschoben hat, aus dem Grunde, weil der Staat, der als einer seiner vornehmsten Aufgaben den Schutz und die Erhaltung der Arbeitskraft betrachtet, auch die Regelung des Arbeitsverhältnisses in all seinen Beziehungen immer mehr dem Belieben der Parteien entziehen muss und dies am wirksamsten durch öffentlich-rechtliche Normen erreichen kann.[10]

Ein Arbeitsrecht im modernen Sinne, als ein Sonderrecht der unselbständige Lohnarbeit verrichtenden Berufsstände, kann nur auf eine verhältnismässig kurze Entstehungsgeschichte zurückblicken, ist ein Kind des 19. Jahrhunderts. Die Entwicklung des modernen Arbeitsrechts ist auf bestimmte, erst damals aufkommende und oben kurz erwähnte Wirtschaftsformen zurückzuführen und es ist daher zwecklos, von ihm frühere Spuren finden zu wollen; denn erst nachdem sich ein besonderer Berufsstand unselbständiger Lohnarbeiter entwickelt hatte und es notwendig geworden war, für dessen besondere Verhältnisse auch besondere Rechtsnormen zu schaffen, konnte sich ein Arbeitsrecht in diesem Sinne bilden. Fasst man dagegen das Arbeitsrecht als den Inbegriff der die menschliche Arbeit überhaupt regelnden Rechtsnormen, so stösst man schon in den Anfängen jeder Kultur- und Rechtsgeschichte auf Bestimmungen arbeitsrechtlichen Inhalts. So betrachtet gehören arbeitsrechtliche Normen zu den ältesten überhaupt und die Geschichte des Arbeitsrechts würde dann bis in die ältesten Zeiten zurückreichen.[11] Denn eine rechtliche Regelung der menschlichen Lohnarbeit ist so alt wie das Recht selbst, gehört also zu den ältesten Teilen der Rechtsordnung. Wenn auch das Arbeitsrecht ein modernes Sonderrecht ist, so haben doch besonders einzelne, im modernen Arbeitsrecht wichtige Institute, vor allem Arbeitsvertrag, Lehrvertrag, Koalitionen und ihre Kampfmittel, Schlichtung und Arbeitsgerichte eine lange geschichtliche Entwicklung

[9] Ueber das Schrifttum zum gesamten Arbeitsrecht vergl. namentlich die inhaltsreiche Uebersicht bei Staudinger, Vorbemerkung VII B 1–23.

[10] Vergl. Kaskel p. 3 ff; Hueck-Nipperdey I p. 6; Silberschmidt I p. 12 ff; Jacobi p. 377 ff insbes. p. 421–427.

[11] Hueck-Nipperdey I p. 7 und die dort angegebene Literatur darüber.

aufzuweisen und knüpfen vielfach an frühere Einrichtungen an.[12] Dies gilt namentlich für den Arbeitsvertrag des Arbeitsrechts, für den grundsätzlich auch das im B.G.B. geregelte Recht des Dienstvertrages massgebend ist, welcher seinerseits wieder sowohl römisch-rechtliche als auch deutsch-rechtliche Wurzeln enthält.

Grundlage des Arbeitsverfassungsrechtes und des Arbeiterschutzrechtes ist das Arbeitsvertragsrecht, das die Gesamtheit der Rechtsnormen über das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber umfasst.[13] Dieses Verhältnis wird durch einen Vertrag geregelt, dessen Kernpunkt auf der Seite des Arbeitnehmers die zu leistende Arbeit, auf der Seite des Arbeitgebers das zu leistende Entgelt ist. Arbeitsvertrag im weitesten Sinne ist nach Lotmar[14] der „gegenseitige obligatorische Vertrag, in welchem die Vertragsschliessenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren". Unter diesem Sammelbegriff fasst Lotmar verschiedene Vertragsformen des B. G. B. und anderer Gesetze zusammen, so den Dienstvertrag, Werkvertrag, entgeltlichen Verwahrungsvertrag, Kommissionsvertrag, Speditionsvertrag, Frachtvertrag und einige andere.

Die positive Gesetzgebung kennt diesen Begriff des allgemeinen Arbeitsvertrages nicht, sondern eine Anzahl von Vertragsformen, deren Gegenstand menschliche Arbeit verschiedenster Art ist, die aber auch wegen ihrer Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Bedürfnisse eine verschiedenartige rechtliche Regelung erfahren haben. Für den Arbeitsvertrag des Arbeitsrechts bedarf dieser allgemeine Begriff jedoch einiger Einschränkungen im oben dargelegten arbeitsrechtlichen Sinne.[15] Aus dem Gesamtbegriff des Arbeitsrechts[16] folgt nämlich einerseits, dass Gegenstand des Arbeitsrechts nicht die Leistung beliebiger Arbeit, sondern unselbständiger, d. h. nach den Anweisungen des Arbeitgebers vorzunehmender Arbeit ist, andererseits, dass in persönlicher Beziehung das Arbeitsrecht nicht das Recht

[12] Vergl. Kaskel p. 5 ff, 84, 185 f, 268 ff, 317 ff, 353 f, 375 f und die dort angegebenen Quellen.
[13] Vergl. Kaskel a. a. O. p. 82.
[14] Lotmar a. a. O. I p. 32 und 264 ff.
[15] Vergl. Hueck-Nipperdey a. a. O. I p. 87.
[16] Ueber Begriff, Gegenstand und Bestandteile des Arbeitsrechts siehe Kaskel a. a. O. p. 1 ff.

aller Personen schlechthin, sondern das Sonderrecht bestimmter Berufsstände ist, nämlich der Arbeitnehmer, d. h. der Personen, die berufsmässig unselbständige Lohnarbeit verrichten.[17] Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, dass innerhalb des Arbeitsrechts der Arbeitsvertrag nur die Beziehungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Einzelpersonen regelt. Der Arbeitsvertrag beschränkt sich also im Gegensatz zum Arbeiterschutz auf diejenigen Rechte und Pflichten, deren Erfüllung einerseits der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer und umgekehrt andererseits der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann. Daher gehört grundsätzlich der Arbeitsvertrag als solcher dem Privatrecht an, wenn auch manche Teile zwingendes Recht enthalten[18]. Trotz der privatrechtlichen Natur des Arbeitsvertrags können aber auch Vorschriften des öffentlichen Rechts, namentlich des Arbeiterschutzrechtes ihn beeinflussen[19].

Da also die durch den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelten rechtlichen Beziehungen in der Schaffung beiderseitiger Rechte und Pflichten gegeneinander bestehen, gehört der Arbeitsvertrag innerhalb des Privatrechts dem Schuldrecht an. (§ 241 BGB.[20]). Und da endlich die beiderseits vereinbarten Rechte und Pflichten auf Arbeit bezw. auf Lohn in wechselseitiger Abhängigkeit voneinander stehen, sodass der Lohn den Gegenwert der Arbeit und die Arbeit den Gegenwert des Lohnes darstellt, ist der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger[21] oder synallagmatischer Vertrag im Sinne des BGB. Zusammenfassend ist hiernach „der Arbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechts, begrifflich ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag der Mitglieder der dem Arbeitsrecht unterstellten Berufsstände mit einem Arbeitgeber über die Leistung unselbständiger Arbeit gegen Entgelt[22]. Der überwiegend

[17] Etwas anders Hueckel-Nipperdey I p. 33: „Arbeitnehmer sind, die auf Grund privatrechtl. Vertrags im Dienste eines anderen zur Arbeit verpfl. Personen." Näh. Ausf. über den Begr. d. Arbeitnehmers und weitere Literatur s. dort. Vergl. auch Kaskel p. 66 ff.

[18] Vergl. Hueck-Nipperdey I p. 87.

[19] Vergl. Hueck-Nipperdey I p. 100 ff und die dort angegebene Literatur.

[20] so auch Hueck-Nipperdey I p. 87 f.

[21] Vergl. auch Hueck-Nipperdey I p. 89.

[22] Kaskel p. 83; vergl. Hueck-Nipperdey I p. 87: Arbeitsvertrag im arbeitsrechtl. Sinne ist lediglich „der privatrechtliche Vertrag, durch den sich jemand zur Arbeitsleistung im Dienste eines anderen verpflichtet, durch den er also zum Arbeitnehmer wird." Vergl. über den Begriff des Arbeitnehmers, seine Ausführungen in § 8 p. 32–45 und die dort verzeichneten Literaturangaben. Vergl. jedoch Jacobi, p. 45 ff, insbesondere p. 55.

schuldrechtliche Charakter des Arbeitsvertrags ist bestritten und derselbe vielmehr als „Personenrechtliches Organisationsverhältnis" und als „Sozialrechtliches Personenverhältnis" angesehen worden, bei dem die personenrechtlichen Elemente überwiegen sollen, wenn auch schuldrechtliche Beziehungen vorhanden sind[23]).

Schliesslich ergibt sich aus dem Begriff des Arbeitsvertrags auch die Beantwortung der strittigen Frage nach seinem Wesen und seiner rechtlichen Natur.

Dem BGB. ist eine allgemeine Rechtsform des Arbeitsvertrages fremd[24]). Es kennt neben einigen Spezialformen zwei Haupttypen von Verträgen auf Arbeit, den Dienstvertrag und den Werkvertrag. Man könnte nun meinen, dass das Gesetz, da für die rechtliche Regelung aller arbeitsrechtlichen Arbeitsverträge, die Normen des BGB. wenigstens ergänzend in Betracht kommen, für den Arbeitsvertrag scheinbar diese beiden verschiedenen Rechts — und Vertragsformen zur Verfügung stellen würde, je nachdem die Arbeit und Tätigkeit als solche, die Leistung von Diensten an sich oder die Herbeiführung eines bestimmten durch Dienstleistung zu erzielenden Erfolges, eines Arbeitserfolges, geschuldet ist. Die Unterscheidung zwischen beiden Vertragsformen ist sehr bestritten[25]). Nach herrschender Lehre wird beim Dienstvertrag die Arbeit als solche geschuldet, beim Werkvertrag dagegen der Arbeitserfolg, oder wie Gierke[26]) sagt: „Beim Dienstvertrag wird ein Wirken,

[23]) Vergl. über diese Frage Potthoff, Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, IX. Jahrgang Heft 5 1922 p. 267 ff, XII. Jahrgang Heft 4 1925 p. 244; Potthoff, Wesen u. Ziel des Arbeitsrechts Berlin 1922 p. 6 ff; Potthoff „Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag" in Deutsche Richterzeitung XIII. Jahrgang 1921 Nr. 10 p. 312 f; Sinzheimer, a. a. O. p. 10 ff, 37, 119. Dagegen Silberschmidt, im Aufsatz „Arbeitsverhältnis und Schuldverhältnis" in Jur. Woch. Sch. 1923 p. 221 ff und Das deutsche Arbeitsrecht I p. 56 ff und p. 27: Der Arbeitsvertrag ist „ein dauerndes Schuldverhältnis, nach welchem der eine verpflichtet ist Arbeit zu leisten, während der andere regelmässig ein Entgelt dafür nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zu leisten hat." Örtmann, a. a. O. p. 13 f; Vergl. auch Hueck-Nipperdey I p. 87 f; Staudinger Anm. I, 3 zu § 611. Ueber die berufliche Gliederung der Arbeitnehmer und die Arten des Arbeitsvertrags vergl. Hueck-Nipperdey I p. 48—56 u. p. 96 ff; Kaskel p. 66 ff; Staudinger Vorbem. VI zu „Dienstvertrag".

[24]) Vergl. auch die 1. 2. und 3. Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstage, stenographische Berichte, Berlin 1896, p. 316 ff.

[25]) Vergl. Lotmar Band I p. 328 ff, II p. 820 ff; Näheres und weitere Literatur siehe bei Enneccerus I, 2 §§ 365, 370; Staudinger II, 2 p. 682 ff; Jacobi a. a. O. p. 45 ff.

[26]) Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 592.

beim Werkvertrag ein Werk geschuldet". Zudem sind diese beiden Verträge in sozialer Hinsicht völlig verschieden.

„Da der Arbeitsvertrag des Arbeitsrechts ein Vertrag der Arbeitnehmer ist, der Begriff des Arbeitnehmers aber Unselbständigkeit der geleisteten Arbeit und Arbeit für fremde Rechnung erfordert, so kann ein Arbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechts niemals einen bestimmten Erfolg, sondern nur die Leistung einer bestimmten Tätigkeit zusagen, demnach niemals ein Werkvertrag sein, den ein „Unternehmer" mit einem „Besteller" abschliesst, sondern nur ein Dienstvertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer" [27].

Wenn demnach auch jeder arbeitsrechtliche Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag im Sinne des BGB. ist und mangels spezieller Vorschriften die Normen des BGB. hierüber gelten, so sind dennoch die Begriffe Dienstvertrag und Arbeitsvertrag nicht identisch. Es ist nämlich nicht so, dass umgekehrt jeder Dienstvertrag ein Arbeitsvertrag wäre. Es gibt auch Dienstverträge, bei denen die persönliche Selbständigkeit des Dienstverpflichteten nicht aufgegeben wird und bei denen also nicht unter allen Umständen ein Abhängigkeitsverhältnis und eine Arbeitnehmereigenschaft in oben dargelegtem Sinne herbeigeführt wird, wenn auch der Dienstverpflichtete im allgemeinen und in gewissem Masse den Anordnungen des Dienstherrn zu folgen hat und jede Verpflichtung zur Arbeitsleistung eine gewisse Abhängigkeit mit sich bringt. Aber diese Abhängigkeit ist hier eine verhältnismässig geringe (z. B. Verträge mit Ärzten, Rechtsanwälten, Architekten usw.) und der Dienstleistende wird hier vielfach vom Verkehr nicht als Arbeitnehmer, sondern vielmehr als Unternehmer betrachtet und behandelt. Damit ein Arbeitsvertrag vorliegt ist begriffsnotwendig die Unselbständigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber erforderlich. Während „der Dienstvertrag der privatrechtliche, schuldrechtliche gegenseitige Austausch- und Dauervertrag ist, durch den sich jemand (der Dienstverpflichtete) einem anderen (dem Dienstberechtigten) zur Leistung von Diensten gegen Gewährung einer Vergütung

[27] Kaskel p. 84. So auch Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht Berlin 1923 p. 10 ff; ferner Hueck-Nipperdey I p. 91 ff, wo auch weitere Literatur verzeichnet ist; Staudinger Vorbemerkung II, 4 zu Dienstvertrag.

verpflichtet" ‹Staudinger›, sind Arbeitsverträge „ihrem Wesen nach nicht identisch mit Dienstverträgen, sondern ein Unterfall der Dienstverträge, nämlich solche Dienstverträge, in denen eine Verpflichtung zu unselbständiger Arbeitsleistung übernommen wird" ‹Kaskel›[28]. Was schliesslich noch die Bedeutung des Dienst- und namentlich des Arbeitsvertrages[29]› anlangt, so fällt im Vergleich mit anderen Verträgen zunächst einmal die ungeheuere Häufigkeit seines Abschlusses auf. Ferner ist in dieser Richtung zu bemerken, dass bei anderen Verträgen vielfach die Gewährung eines Vermögenswertes erfordert ist, während der Dienst- und Arbeitsvertrag, weil Arbeit stets persönliche Tätigkeit ist, den Einsatz der Person verlangt und daher besonders tief in das Leben eingreift, sowohl in das des Arbeitnehmers selbst, als auch in das seiner Familie und damit schliesslich in das des Volkes. Namentlich der abhängige Arbeitsvertrag ergreift infolge der gesteigerten Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers und des wirtschaftlichen Uebergewichts und des erhöhten Direktionsrechtes des Arbeitgebers die Persönlichkeit des Arbeitnehmers viel mehr als der unabhängige Dienstvertrag. Die Arbeitskraft ist der wichtigste Bestandteil des Volksvermögens, besonders des verarmten Deutschlands, dessen Wiederaufstieg in der Hauptsache von der Arbeitskraft seiner 60 Millionen Volksgenossen abhängt. Die Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Arbeitskraft des Volkes ist daher eine Hauptaufgabe der Volkswirtschaft und der Gesetzgebung.

Ferner besteht die Bedeutung der Dienst- und Arbeitsverträge auch noch darin, dass diese für die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung die Quelle ihrer Erwerbstätigkeit und damit die Grundlage

[28]› So auch Hueck-Nipperdey I p. 94; Vergl. auch Oertmann a. a. O. p. 13; Lotmar I p. 53 ff. Vergl. jedoch Potthoff in „Arbeitsrecht" Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten IX. Jahrgang Heft 5 1922 p. 277 f: „Der Arbeitsvertrag tritt als neuer Typ neben Dienstvertrag und Werkvertrag". Siehe auch Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts Berlin 1922 p. 38 ff. Ueber die begriffliche Scheidung zwischen unabhängigem Dienstvertrag und unabhängigem Arbeitsvertrag vergleiche Staudinger Vorbemerkung II, 3 zu „Dienstvertrag". Ueber die Abgrenzung des Dienstvertrags von verwandten Rechtsfiguren des Bürgerlichen Rechts z. B. Werkvertrag, Auftrag, Gesellschaft usw. und von Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechts, bei denen Leistung von Diensten vorkommt z. B. der Beamten usw.; vergl. Staudinger Vorbem. IV, 1, 2 zu „Dienstvertrag" mit zahlreichen Literaturang.

[29]› Vergl. darüber Lotmar a. a. O. I p. 4 ff.

hrer Existenz bilden und zwar als Dauerverträge für das ganze Leben, während andere Verträge regelmässig nur dazu bestimmt sind, die laufenden Bedürfnisse des täglichen Lebens zu befriedigen. Diese Bedeutung kommt dem Dienst- und Arbeitsvertrag nicht nur heute zu, sondern schon seit den Uranfängen der Geschichte, denn „eine rechtliche Regelung der menschlichen Lohnarbeit ist so alt wie das Recht selbst und gehört zu den ältesten Teilen der Rechtsordnung". ⟨Kaskel⟩ Diese rechtliche Regelung der menschlichen Lohnarbeit ist in den einzelnen Rechten und im Laufe der Zeiten eine sehr verschiedenartige gewesen. Gerade in dieser Hinsicht ist die Rechtbildung in besonders hohem Masse von den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen abhängig und wird durch die jeweiligen Anschauungen über Zweck und Aufgabe des Staates, über dessen Verhältnis zur Volkswirtschaft und über das Verhältnis zwischen Recht und Sittlichkeit stark beeinflusst.

Und da man zu einer einwandfreien Würdigung und zum vollen Verständnis des geltenden Rechts am besten durch Kenntnis der Entstehung und Entwicklung des geschichtlich Gewordenen gelangt, sei Gegenstand dieser Untersuchung:

Die Anfänge und die geschichtliche Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages, dargelegt am römischen Recht, am Recht der Papyrusurkunden und am deutschen Recht.

B. Hauptteil.

I. Vorbemerkungen.[1]

In den Anfängen des Rechts und im Recht der Völker auf niederer Kulturstufe findet sich der Dienst- und Arbeitsvertrag zunächst selten. Man half sich gegenseitig in der Familie und im Stamme aus und der Aushelfende bekam lediglich ein angemessenes Geschenk. Doch entstanden immerhin schon frühzeitig persönliche Beziehungen von Ueber- und Unterordnung arbeitsrechtlicher Natur. Eine andere Möglichkeit war die, dass man die Arbeit durch einen Familiengenossen oder Sklaven verrichten liess. So war die Arbeit lange eine interne Angelegenheit des Einzelhaushalts, bis sie allmählich eine externe wurde und einen Arbeitstausch veranlasste.

In seiner ältesten Gestaltung knüpft der Arbeitsvertrag besonders an das Sklavenverhältnis an. Siegreiche Gewalten bewirkten die Unterdrückung eines Teiles der Menschheit. Einfälle in fremdes Gebiet führten teils zur Tötung des Gegners, teils aber auch zur Verknechtung des Feindes oder wenigstens zur Verknechtung seines Weibes und seiner Familie. Der gefangene Feind, der wohl ursprünglich dem Stamme gehörte, wurde Eigentum des Einzelnen und musste für ihn arbeiten. Es entstand das Sklaventum und damit ein wichtiger Faktor menschlicher Kultur- und Rechtsgeschichte. Allerdings ist die Sklaverei nicht uralt, weil man zu ihr erst dann gekommen sein wird, wenn man sich durch den Sklaven irgendwelche Vorteile erhoffen und sich seiner Kräfte für irgendwelche Lebenszwecke bedienen konnte. Dies setzte aber schon eine ziemlich organisierte Kultur voraus, in welche der Sklave zu wirtschaftlicher Tätigkeit eingeschoben wurde. Völker auf niederer wirtschaftlicher und kultureller Stufe, besonders Jagd- und Fischereivölker töteten vielfach ihre Feinde und führten sie nicht in die Sklaverei. Man

[1] Vergl. hiezu Kohler, Wenger, Allgemeine Rechtsgeschichte 1. Hälfte: Orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer. Gierke Wurzeln des Dienstvertrags in der Festschrift für Brunner, Berlin 1914; Gierke Deutsches Privatrecht III p. 593 ff, Molitor, Zeitschrift für das gesamte Handels- uud Konkursrecht B 87 p. 371 ff; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht I p. 28 ff; Kohler, Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft Band 29 p. 427 ff; Kohler—Ungnad, Hammurabis Gesetz B. 3 p. 242 Band IV p. 96 Band V p. 122; Leonhard in Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie Art. locatio conductio.

machte höchstens Frauen zu Sklavinnen, damit sie dem Sieger zu geschlechtlichen Zwecken dienen konnten. Sobald aber die Völker einen organisierten Ackerbau oder gar eine Industrie mit Arbeitsteilung entwickelt hatten, wurden Sklaven als Arbeitskräfte höchst willkommen und besonders dazu benutzt, um schwere und unangenehme Arbeitsleistungen zu verrichten, sodass dem Herrn mehr die Aufsicht und Leitung zukam. Die rechtliche Stellung des Sklaven ist nun diesen verschiedenen Kultur- und Wirtschaftsstufen entsprechend eine verschiedene. Die Entwicklung drängte aber immer mehr dahin, die Persönlichkeit des Sklaven mehr oder minder anzuerkenen und ihm einen bescheidenen Vermögenserwerb zu sichern, insbesondere bei den Sklaven, die zum Landbau Verwendung fanden. Auch durch die allmähliche Entwicklung des freien Dienst- und Arbeitsvertrages im Anschlusse an die Sklaverei hob sich die Stellung des Sklaven, der ursprünglich auf Leben und Tod im Eigentum des Herrn stand. Bisweilen wurde den Sklaven und ihren Familien ein Gut zur Bebauung überlassen. Vielfach wurde der Sklave, dessen Persönlichkeit im übrigen anerkannt war, an ein Grossgrundstück gleichsam angekettet, sodass er rechtlich als Zubehör des Grundstückes galt. So entstand der Kolone, der glebae adscriptus.

Im Geschäftsverkehr und Handel wurde die Stellung des Sklaven noch gehobener, weil hier nicht so sehr die Massentätigkeit, als vielmehr die individuelle Befähigung und Eignung des einzelnen Sklaven Verwendung fand und diese am besten zur Geltung kam, wenn der Sklave selbst am Geschäft interessiert war und seine Liebe und Sorgfalt darauf verwenden konnte. Und so ging die Entwicklung dahin, entweder dem Sklaven im Geschäft eine Stellung zu geben und ihn auf irgend eine Weise geschäftlich zu beteiligen, sodass sogar förmliche Gesellschaftsformen entstanden; oder man machte den Sklaven selbst zum Geschäftsmann und verlangte nur von ihm, dass er seinem Herrn eine entsprechende Abgabe bezahlte. War diese Stellung gesichert, dann konnte auch die Veräusserung des Sklaven in seinem Lebensstande nicht viel ändern. Was die Sklavinnen anlangt, so nahm sie der Herr meist zur Konkubine. So gewannen sie häufig grossen Einfluss. Ihre Kinder wurden meist frei und auch sie wurde es häufig beim Tode des

Herrn. Die Stellung der Sklavenkinder war eine sehr verschiedene. Vielfach wurden sie halbfrei, besonders deshalb, weil sie gleichsam in das Volk und in die Familie des Herrn hineinwuchsen. Spätere Generationen wurden nicht selten ganz frei oder standen wenigstens der Freiheit nahe[2]). So waren die Zustände in den Anfängen des Rechts bei den niederen Völkern. Der Arbeitsvertrag knüpft in seiner ältesten Gestaltung an das Sklavenverhältnis an: Körperliche Arbeit wurde im Altertum hauptsächlich, wenn auch keineswegs ausschliesslich[3]) von Unfreien verrichtet. Wenn man selbst keine Sklaven zur Verfügung hatte, mietete man fremde Sklaven von ihrem Herrn, bezw. auch Hauskinder von ihren elterlichen Gewalthabern oder sonstigen Gewaltherrn. (z. B. Vater, Mutter, auch Bruder[4]). Dies geschah in der Form der Sachmiete, weil der Sklave rechtlich als Sache behandelt wurde. Es bestand kein rechtlicher Unterschied zwischen der Miete eines zu einer Arbeit verwendeten Menschen (Arbeitsmenschen) und eines Arbeitstieres. Die Miete erfolgte zu einem bestimmten Zweck z. B. zur Ernte oder auf eine bestimmte Zeitspanne. Der Mietzins bestand zumeist in Getreide oder Silber. Doch wird auch in alten Urkunden besonders bei Ammenverträgen, Salböl, Beköstigung, Speise u. Trank sowie Kleidung erwähnt.[5]) [6])

In der ursprünglichen Rechtsauffassung war nun die Vorstellung vielfach tief eingewurzelt, dass die Leistung körperlicher Arbeit für Dritte notwendig mit dem Zustande der Unfreiheit verbunden sei. Neben der Sklaverei bildete sich jedoch allmählich auch die Arbeit des freien Mannes aus, das Altertum entwickelte neben dem Sklaventum auch den freien Arbeitsvertrag. Doch hat es den Anschein, dass, als allmählich die ersten Fälle einer Dienst- und Arbeitsleistung für Dritte durch Freie aufkamen, hiefür wenigstens die äusseren Rechtsformen von dem Zustande der Unfreiheit entlehnt

[2]) Vergl. Kohler in Kultur der Gegenwart p. 25 ff.
[3]) Vergl. Wilcken, Ostraka I p. 681.
[4]) Vergl. Kohler-Ungnad Hammurabis Gesetz III p. 242 ff.
[5]) Vergl. Kohler-Ungnad, Hammurabis Gesetz III p. 242, IV p. 96; Kohler Ueber Miet-, Pacht- u. Dienstverträge in Babylon und Aegypten, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft B 29 p. 427 ff.
[6]) Ueber Gruppen-, Kolonnen, Accordverträge vergleiche Kaskel p. 84, 110; Lewald, a. a. O. p. 13 ff; Kohler-Ungnad, Hammurabis-Gesetz Band IV p. 96 ff.

werden mussten. So war zwar bereits sowohl im babylonischen Recht,[7] wie im griechisch[8]-hellenistischen[9] Recht neben der Arbeitsverrichtung durch eigene oder gemietete Sklaven die entgeltliche Arbeitsleistung durch Freie bekannt und zwar vor allem für die Leistung landwirtschaftlicher, handwerklicher u. Schiffs-Dienste, häufig unter Ausbedingung einer Konventionalstrafe bei Vertragsbruch besonders bei Lehr- und Ammenverträgen.

Der Dienstvertrag hat sich erst im Anschluss an den Mietsvertrag entwickelt und war häufig noch Sachmiete, wenn nämlich der Eigentümer die Dienste seines Sklaven, oder wenn der Herr des Hauses und das Familienoberhaupt ein Kind vermietete. Wer nämlich Sklaven hatte, konnte diese nicht nur verkaufen, sondern auch vermieten und so anderen ihre Arbeitskraft überlassen. Man ging sogar soweit, dass der Vater seinen Sohn, der ältere Bruder, der den Vater vertrat, den jüngeren Bruder in Dienst geben konnte. Allmählich gab sich auch der freie Volljährige selbst in Miete, die Personenvermietung kam dann als Selbstvermietung vor, wenn ein freier Mensch sich selbst vermietete und damit entstand in weiterer Entwicklung der Dienst- und Arbeitsvertrag.[10] Doch geschah diese entgeltliche Arbeitsleistung durch Freie zum mindesten anfangs in Anknüpfung an die Miete des Sklaven von seinem Herrn häufig in der sonderbaren Form der Miete oder des Kaufes eines freien Menschen von sich selbst. Während also sonst die Urkunden etwa lauten, dass der A den Sklaven B von dem C auf bestimmte Zeit gegen bestimmten Preis mietet, gehen sie hier dahin, dass der A den B in dieser Weise von dem B selbst mietet.[11]

[7] Vergl. darüber Kohler, Ueber Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Babylon und Aegypten, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 29 p. 427 ff; Kohler-Ungnad, Hammurabis-Gesetz III p. 242 ff und die dort zitierten Urkunden, ebenso Bd. IV p. 96 und V p. 122; Kohler-Wenger Allgemeine Rechtsgeschichte a. a. O. p. 57 ff.

[8] Vergl. zum griechischen Recht Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht I p. 34 mit Literaturangaben; Lipsius, Das Attische Recht — und Rechtsverfahren p. 760 ff. Miete im weitesten Sinn umfasst hier das Wort μίσθωσις.

[9] Siehe darüber unter „Recht der Papyrusurkunden"!

[10] Ueber die verschiedenen Arten von Personenvermietungen, nämlich Vermietung von Sklaven, Familienmitgliedern und Selbstvermietung vergleiche Kohler-Ungnad H. G. III, p. 242 ff, IV p. 96, V p. 122; Kohler-Wenger a. a. O. P. 60 f.

[11] Vgl. darüber die Urkunden bei Kohler-Ungnad a. a. O. III Nr. 548, 551, 556, 560, 567; IV Nr. 1008; V Nr. 1174. Siehe aber jetzt San Nicolò. Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereich der keilschriftlichen Rechtsquellen 1931, p. 243.

Auch im altgriechischen Recht vermietete man Sklaven und überliess so ihre Arbeitskraft einem andern. Der freie Mann konnte aber auch seine eigene Arbeit gegen Vergütung überlassen. Auch hier lehnte sich der Dienst- u. Arbeitsvertrag an die Sklaven-miete an, was völlig der antiken Anschauung entsprach.[12]

Bisweilen wurde auch eine gewisse Fiktion der Unfreiheit aufgestellt und zwar durch scheinbare Selbstverknechtung für die Dauer des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, indem der Arbeiter seinen Lohn im Voraus bekam und ihn später abverdienen musste. Das geschah in der Weise, dass der freie Arbeitnehmer der Form nach eine bestimmte Summe als Darlehen erhielt, das er durch bestimmte Dienst- und Arbeitsleistungen abzuverdienen hatte und für das er sich für die Dauer dieser Dienst- u. Arbeitsleistungen in Schuldknechtschaft begab. Dieses Geschäft entstand durch die wirtschaftliche Not armer Leute, denen lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung stand, die also arbeiten mussten, um überhaupt leben zu können und einen Vorschuss notwendig brauchten, um inzwischen selbst und mit ihrer Familie ihr Leben weiter fristen zu können. Nach Kohler-Ungnad hat der freie Arbeitsvertrag zuerst wohl das Stadium durchgemacht, dass der Schuldner in die Knechtschaft ging, um seine Schuld abzuarbeiten.[13] (Vergl. auch die Urkunden bei Kohler-Ungnad a. a. O. III Nr. 541, 555, 557, 559, 563). Diese Selbstverknechtung führte später zur Selbstvermietung und diese Selbstvermietung bildet dann den Uebergang zum freiem Arbeitsvertrag. Nach Kohler-Ungnad[14] ist gerade „diese Gestaltung des aus der Selbstverknechtung hervorgehenden Dienstvertrages universalrechtlich." Doch ist es nach herrschender Ansicht unwahrscheinlich, dass die Dienstantichrese (παραμονή) die Wurzel des Dienstvertrags freier Arbeiter gewesen und dass sie überhaupt von einer Darlehensfiktion ausgegangen sei. Alles dies kehrt in den hellenistischen Urkunden wieder, wo ebenfalls die Verhältnisse zu ähnlichen Erscheinungen geführt haben. Auch hier wurde häufig eine Summe ausgeliehen, die der Dienende selbst oder durch Familienangehörige hernach abverdienen musste. Vergl. darüber Kohler,

[12] Vgl. auch Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie Art. δοῦλοι u. Art. μίσθωσις.
[13] Vergl. Kohler-Ungnad H.G. III p. 243; Kohler in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 29 p. 427 ff; Kohler-Wenger p. 60 ff.
[14] Band III p. 243.

über Miet- Pacht und Dienstverträge in Babylon und Ägypten in Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft Band 29 p. 427 ff. Über Schuldknechtschaft und Dienstleistungen insbesondere den „Abarbeitungsvertrag" im Recht der Papyri vergl. Lewald, Zur Personalexekution im Recht der Papyri, Leipzig 1910 p. 12 ff, 24 und 68 ff. Vergl. auch Kaskel p. 84 ff. Über die Geschichte des Arbeitsvertrags in Indien vergl. Kohler-Wenger in Kultur der Gegenwart a. a. O. p. III ff; Silberschmidt, das deutsche Arbeitsrecht I p. 29 f mit weiteren Schrifttum; in Assyrien und Babylonien: Kohler-Wenger in Kultur der Gegenwart a. a. O. p. 57 ff: Silberschmidt a. a. O. p. 30 f mit zahlreicher Literaturang. in Ägypten: Kohler-Wenger a. a. O. p. 67 ff, Silberschmidt a. a. O. p. 31; bei den Juden: Kohler-Wenger a. a. O. p. 78; Silberschmidt a. a. O. p. 31 ff mit zahlreichen Quellenangaben; im Recht des Islam: Silberschmidt a. a. O. p. 33 f.

II. Römisches Recht.

Im römischen Recht fanden sich, obwohl es im übrigen hoch entwickelt und durchgebildet war, nur verhältnismässig geringe Ansätze eines Arbeitsrechtes und auch die Grundsätze über den Dienstvertrag waren nicht sehr entwickelt. Die Gründe hiefür sind in den wirtschaftlichen Verhältnissen jener Zeit zu suchen. Die Landwirtschaft war in Rom zwar nicht die einzige Form des Betriebes und Erwerbes, aber doch der älteste und ausgedehnteste Wirtschaftszweig. In der XII Tafelzeit und auch noch später bildete den Hauptstock des Vermögens der Grundbesitz. Der Römer, der nach sozialen Anschauungen anfangs nur im Landbau eine anständige Erwerbsquelle findet, während den meisten anderen Erwerbszweigen ein Makel anhaftet, produziert auf seinem Landgut für sich und seine Familie den grössten Teil des Bedarfes, Nahrung, Kleidung usw. und zwar wesentlich nur für sich selbst und den Markt in der nahen Stadt. Die ländliche Handarbeit ist auch für höher gestellte Kreise ehrenwert. So sagt Plinius[1]: Ipsorum tunc manibus imperatorum colebantur agri . . . . . sive illi eadem cura semina tractabant, qua bella, eademque diligentia arva disponebant, qua castra.

[1] Plinius nat. hist. 18, 19.

Noch von Scipio Africanus sagt Seneca[2]: exercebat enim opere se terramque ut mos fuit priscis ipse subigebat.[3]

Das Wirtschaftsleben vollzog sich in einfachen Formen. Der Wirtschaftsbetrieb der älteren Zeit wird deshalb auch als geschlossene Hauswirtschaft, als oikenwirtschaftliche Einheit der Produktion bezeichnet, wo der Kreislauf der Wirtschaft von der Produktion bis zur Konsumtion sich innnerhalb der autonomen und autarken Wirtschaft des seine Bedürfnisse selbst befriedigenden Einzelhaushalts abspielt. Art und Mass der Produktion ist hier durch den Konsumtionsbedarf der Haushaltsgenossen bestimmt. Jedoch erfordert die frühzeitige Entwicklung städtischen Lebens in Rom immerhin sehr bald einen selbständigen Gewerbebetrieb, der über die Hausarbeit hinausging besonders bei solchen Gewerben, die eine gewisse Kunstfertigkeit, Uebung und Zeit erforderten. Infolge davon kam auch ein selbständiger Handelsverkehr auf. Trotz der zunehmenden Bedeutung von Handel und Gewerbe entwickelte sich jedoch in Rom kein eigentlicher Mittelstand und zwar einerseits infolge der früh eingetretenen Zentralisierung des Kapitals und andererseits infolge der Sklavenwirtschaft.

Mit dem wirtschaftlichen und kulturellen Aufstieg stieg zwar allmählich auch der Bedarf. Die Güterproduktion erfolgte jedoch überwiegend durch Sklaven, indem die Herren ihren Sklaven Werkstätten oder Läden einrichteten, wodurch sie eine gewisse Selbständigkeit erlangten und die Patrone ihren Freigelassenen das Geschäftskapital liehen und sich gleichsam als stille Gesellschafter am Unternehmen beteiligten. Auch bei der Arbeit der Freigelassenen handelt es sich infolge des bei ihrer Freilassung abgegebenen Versprechens und des Umstandes, dass sie zwar Freie, jedoch in familienrechtlicher Hinsicht vielfach noch ihrem früheren Herrn, mit dem sie Bande der Treue verknüpften, unterstanden, um keinen eigentlichen Dienst- und Arbeitsvertrag. Die Wirtschaft beruhte in der Hauptsache auf der Sklavenarbeit. Die Sklaverei war es auch, die freie Konkurrenz und Wertschätzung des Kleinhandels und des Handwerks nie hat hochkommen lassen.[4] Nach wie vor blieb auch

[2] Seneca ep. 86,5.
[3] Vergl. darüber Marquardt, Das Privatleben der Römer a. a. O. p. 375 ff.
[4] Über die Sklaverei siehe Ihering, Geist des römischen Rechts II p. 229 ff.

noch in republikanischer Zeit die Deckung des Bedarfes im eigenen Haushalt das Ideal der römischen Hauswirtschaft, sodass Gewerbe und freie Lohnarbeit auch in dieser Zeit eine untergeordnete Rolle spielten. Wenn auch Vereinigungen von Handwerkern zu den ältesten Erscheinungen des römischen Wirtschaftsleben gehören, so war ihre Bedeutung in republikanischer Zeit nie groß. Es „hinderten Sklavenkonkurrenz und die soziale Geringschätzung der gewerblichen Arbeitstätigkeit, die eben damit zusammenhing, dass Kleinhandel und Gewerbe meist von Sklaven und Freigelassenen, wenn auch sehr häufig mit Kapital und Gewinnanteil des Patrons betrieben wurden, eine gedeihliche Entwicklung des Kleingewerbes und wirkten ungünstig zurück auf die Ausgestaltung des Arbeitsrechts ⟨locatio conductio operarum u. a. m.⟩"[5]⟩.

Die Arbeit des freien Mannes bildete eine Ausnahme und galt als unwürdig für einen freien römischen Bürger.[6]⟩ Die Sklaven aber leisteten die Arbeit nicht auf Grund eines Vertrages, sondern auf Grund eines Gewaltverhältnisses ⟨potestas⟩, das zwischen Herrn und Sklaven bestand. Rechtsfähig in vollem Sinne waren nur die Freien. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.[7]⟩ Der Sklave dagegen hatte keine Rechtspersönlichkeit und galt als Rechtsobjekt, als Sache: Servile caput nullum jus habet.[8]⟩ [9]⟩ Deshalb konnte der Sklave auch keinen Dienst- und Arbeitsvertrag schliessen und keine Rechten und Pflichten aus dem Vertrage für sich erwerben. Der unfreie Arbeiter war nicht Subjekt, sondern Objekt des Arbeitsverhältnisses. Dienst- u. Arbeitsverträge sind in Staaten, deren gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung auf der Sklaverei beruht, von geringerer Bedeutung als dort, wo Wirtschaft und Gesellschaft auf der freien Arbeit aufgebaut sind.

Das römische Recht hat drei Verträge, deren Gegenstand Arbeit ist, entwickelt, das mandatum, das heisst den Vertrag, der zur

[5]⟩ Vergl. Mayr, II Buch, Die Zeit des Amts- u. Verkehrsrechts 1. Hälfte p. 39.
[6]⟩ Vergl. Cicero De offiziis 1, 42.
[7]⟩ Vergl. D. 1, 5 1. 4.
[8]⟩ Vergl. D. 4, 5 1. 3.
[9]⟩ Ueber die Stellung des Sklaven vergleiche Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 28 ff; Pernice, Labeo I p. 110 ff; Pauly-Wissowa, Art. Sklaven; Savigny a. a. O. II p. 30 ff.

unentgeltlichen Arbeit verpflichtet und der, wie weiter unten noch gezeigt werden wird, bei den Verhältnissen des alten Rom eine ziemliche Bedeutung erlangte, da die sogenannten artes liberales ursprünglich unentgeltlich geleistet wurden; ferner die locatio conductio operis und die locatio conductio operarum, welche entgeltliche Arbeitsverträge waren und die sich dadurch unterschieden, dass bei ersterer Gegenstand des Vertrags das durch Arbeit herbeigeführte Ergebnis ist, während bei letzterer die Arbeit als solche den Vertragsgegenstand bildet. ⟨Vergl. D. 50, 16 1. 5 § 1: opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant, non *ἔργον*, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum⟩. Für die Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages kommt lediglich die locatio conductio operarum in Betracht, weshalb nur ihre Entstehung und Entwicklung hier dargelegt sei. Bei der locatio conductio operarum verpflichtet sich ein Freier als locator einem anderen, dem conductor, zur Leistung von Diensten auf Zeit gegen Entgelt. Ueber die Abgrenzung dieser Verträge vergl. die Ausführungen und Literaturangaben bei Molitor a. a. O. p. 372 ff; Pauly-Wissowa art. locatio conductio und Art. mandatum.

Der Ausgangspunkt der römischen locatio conductio operarum, die als Abspaltung von der Sachmiete entstanden war, war die Sklavenmiete. Diese war ähnlich wie die entgeltliche Ueberlassung von Arbeitstieren zum Gebrauch, Sachmiete. Beim Sklaven sind die operae, d. s. die Arbeiten, die nach römischer Auffassung für eine merces, ein aequivalent in Geld, einem anderen überlassen werden können, etwas den Früchten Gleiches, Sachartiges: Fructus hominis, sagt Gaius in 1. 4 D. de operis servorum 7, 7.

Was die Sachmiete betrifft, so entwickelte sie sich zunächst in Bezug auf Mobilien. Bereits den XII Tafeln war die Vermietung von Spannvieh bekannt.[10] Auch die Vermietung von Sklaven z. B. zu Erntearbeiten ist wohl schon frühzeitig vorgekommen.[11] Und

[10] Vergl. Gaius, Inst. IV § 28: lege autem introducta ⟨Wohl moribus introductum, lege comprobatum; Vergl. darüber Burckhard a. a. O. p. 14 ff.⟩ est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset, nec pretium redderet: item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, it est in sacrificium impenderet. Vergl. hierüber auch Burckhard a.a.O. p. 15; Dernburg, Pandekten II p. 287 ff.

[11] Vergl. Dernburg Pandekten II p. 287.

da die locatio conductio ursprünglich wohl nur in Gestalt der Miete von Haustieren und von Sklaven, die als bewegliche Sachen galten, vorkam, lag auch eine Unterscheidung zwischen Werkmiete, Sachmiete und Dienst- und Arbeitsmiete wohl noch nicht vor.[12]

Neben den Dienstleistungen durch Sklaven wurden ursprünglich Dienste auch von der familia geleistet. Der arme Vater entliess seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt und gab ihn in die domini potestas eines Wohlhabenderen. In mancipium[13] konnte der Gewaltunterworfene nämlich aus verschiedenen Gründen kommen u. a. auch wohl deshalb, um die bedürftige Familie zu entlasten und ihr aus dem Erlös des Kindes, das man in der eigenen Wirtschaft übrig hatte, weil die alten Römerfamilien wohl sehr kinderreich waren,[14] eine Einnahmequelle zu verschaffen. In diesem Sinne sieht Mayr[15] die causa mancipii als die älteste Form der Verdingung, des Dienstvertrages an. „Dazu würde es stimmen, dass das Verhältnis nicht auch die Kinder des davon Betroffenen ergriff, die anscheinend von jeher, mochten sie früher oder später geboren sein, in die Gewalt des Grossvaters fielen und dass das Verhältnis in demselben Mass an selbständiger Bedeutung verlor, auf die künstliche Verwendung zu Emanzipations- und Adoptionszwecken beschränkt wurde, in dem sich der freie Dienstvertrag entwickelte." Die soziale und rechtliche Stellung des Sklaven und des Haussohnes war anfänglich, wenigstens hinsichtlich des Privatrechts ziemlich gleich.[16]

Mit dem Eintritt der Römer in Welthandel und Weltverkehr und mit dem Zusammentreffen der Römer mit fremden Völkern mussten jedoch diese patriarchalischen Verhältnisse schwinden. Die Sklaven wurden in der allmählich sich hebenden Wirtschaft willkommene Arbeitskräfte und von Kaufleuten, den Sklavenhändlern, öffentlich auf dem Markte angeboten. Man kaufte sie wie eine Ware und liess sie für sich arbeiten, oder der Herr überliess die Arbeitskraft seines Sklaven, die als Sache gewertet wurde, einem

[12] Vergl. Mayr, Zeit des Volksrechts, Privatrecht I, 2 p. 78 ff, über Gaius vergl. Kübler Geschichte des römischen Rechts p. 268 ff.
[13] Vergl. Gaius I, 140.
[14] Vergl. darüber Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 30 ff.
[15] Vergl. Mayr I, 2 p. 17.
[16] Vergl. Kübler Geschichte des römischen Rechts p. 30 f.

anderen in der Form des Mietvertrages. Die Sklavenmiete fiel unter den Gattungsbegriff der Sachmiete.

Als sich dann auch bedürftige Freie, die nichts als ihre Arbeitskraft anzubieten hatten, zur Lohnarbeit bereit fanden, und diese ihre Arbeitskraft auf dem Markte anboten, erschienen sie selbst als Vermieter ihrer Arbeitskraft, die sie ähnlich dem Sklaven einem anderen zur Verfügung stellten. Da es der römischen Rechtsauffassung, wonach man Eigentum an einem Freien nicht erwerben konnte, widersprochen hätte, war ein Kauf[17]) an ihnen unmöglich. Die Römer griffen deshalb zu dem Institut der ihnen bereits bekannten Sach- bezw. Sklavenmiete. Die Sachmiete entsteht bei regem Verkehr von selbst und die Römer wandten die Grundsätze derselben bezw. der Sklavenmiete, soweit es möglich war, entsprechend auf einen Vertrag über verdungene Dienste an. So entstand die locatio conductio operarum als ein der Sachmiete analoger Vertrag. Da derjenige, der für seine Arbeit sich Lohn ausbedang, sich damit selbst als Ersatz für Sklavenarbeit und damit als Sachgut stempelte, war der Begriff der locatio conductio operarum als ein der Sachmiete analoger Vertrag nur insoweit anwendbar, als es sich um Arbeiten, wie sie von Sklaven geleistet zu werden pflegten, handelte, während die des freien Mannes würdige Arbeit unentgeltlich zu leisten war. Nur freiwillige Belohnung nahm ihr nicht den Charakter freier Arbeit. Später, als allmählich das Prinzip der Unentgeltlichkeit der höheren Berufsarbeit durchbrochen wurde, blieb sie dem Mietsrecht entrückt. Man behalf sich dann damit, dass man ein Mandat mit Honorarversprechen annahm, welches zwar keine actio erzeugte, aber im Wege der cognitio extra-ordinaria durchgesetzt werden konnte. Darüber und insbesondere über den Unterschied zwischen operae liberales und illiberales ist weiter unten zu handeln. Da der Arbeits- bezw. Dienstvertrag also nichts anderes als eine Abart der Sachmiete, eine Miete der Arbeitskraft war, bildeten den Gegenstand der locatio conductio operarum lediglich solche Dienste, wie sie Unfreie zu leisten pflegten ⟨operae illiberales⟩.

Ich habe oben dargelegt, dass die Römer, da nach ihrer Rechtsauffassung an einem Freien kein Eigentum erworben werden konnte

[17]) Ueber die Beziehungen von Kauf und Miete vergl. Degenkolb a. a. O. p. 138 ff; Bechmann Der Kauf nach gemeinem Recht: I Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876 p. 419.

und deshalb ein Kauf an ihm unmöglich war, zum Institut der ihnen bereits bekannten Sachmiete griffen und ihre Grundsätze, soweit es möglich war, entsprechend auf einen Vertrag über verdungene Dienste anwandten. Die Miete entwickelt sich nämlich bei regem Verkehr von selbst, weil sie verkehrsnotwendig ist.

Die Miete kam zweifellos, ebenso wie die anderen Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens z. B. Kauf, Auftrag z. Zt. der XII Tafelgesetzgebung im alten Rom auch vor, wie überall, wo Menschen beieinander wohnen. Aber welche Formen das Gesetz verlangte, damit diese Geschäfte bindende Wirkung für die Parteien erlangten und welche Rechtsfolgen das Gesetz an den Abschluss dieser Verträge knüpfte, wissen wir nicht. Doch war die Miete ebenso, wie der Kauf ursprünglich wohl Realkontrakt.[18])

Bereits die Rechtsordnung der XII Tafeln kannte ein Pfandrecht und die Pfändung war auch dem Mieter von Zugtieren gegenüber, der den Mietlohn nicht bezahlt hatte, gestattet, wenn der Vermieter aus dem Ertrag die Kosten eines Opfermahles bestreiten wollte. (Vergl. Gaius Inst. IV § 28, siehe Seite 21).

Wenn aber auch bereits zur Zeit der XII Tafeln die Sach- und Sklavenmiete ein Geschäft des täglichen Lebens war, so hatte sich doch wohl die locatio conductio operarum, durch die sich ein Freier als locator einem anderen als Conductor zur Leistung von Diensten auf Zeit gegen Entgelt verpflichtete, noch nicht entwickelt. Hätte nämlich das älteste Recht die locatio conductio operarum gekannt, so wäre das mancipium[19]) in sie eingekleidet und eine locatio conductio operarum geschlossen worden. Dieses mancipium, das formell ursprünglich ein Verkauf des filius familias durch den armen pater familias an einen Wohlhabenderen darstellte, war materiell eine Verdingung des Sohnes durch den Vater, wenn dieser jenen nicht ernähren und die Familie entlasten wollte, zu Taglöhnerarbeit. Um den Inhaber der patria potestas für übertriebene Ausübung seiner Gewalt zu bestrafen, bestimmte das Recht, dass der Manzipierte nach der dritten Manzipation frei wurde, weil es gegen die

[18]) Vergl. Kübler Geschichte des römischen Rechts p. 45 und 174 ff; Burckhard a. a. O. p. 44 ff; Degenkolb a. a. O. p. 188 ff; Pernice Labeo I, 456 ff und 466 ff; Bechmann I p. 428.

[19]) Vergl. Gaius I, 140.

guten Sitten geht, mit der Arbeitskraft des Sohnes Handel zu treiben.[20] [21] „Die Wahl der Mancipatio, welche sich mit der wirtschaftlichen Absicht gar nicht deckt, zeigt, dass die locatio rechtlich noch nicht existierte. Mit Aufkommen des Verdingungsvertrages tritt sofort die eigentliche causa mancipii in den Hintergrund, es wird anknüpfend an den Strafrechtssatz der XII Tafeln für künstliche Lösung der väterlichen Gewalt verwendet und in seinem ursprünglichen Gebiet durch die loc. operarum ersetzt."[22]

Es besteht eine Ansicht, die den Keim der späteren Entwicklung im Vermögensverkehr des römischen Staates finden will. Ihr schärfster Verfechter ist Mommsen, der ausgeführt hat, die locatio des Privatrechts sei der staatsrechtlichen nachgebildet und was wir heute ein Klagbarwerden der Konsensualkontrakte nennen, sei eine Uebertragung der publizistischen Verträge ins Privatrecht.[23] Dem gegenüber erscheint die Ansicht Burckhardts als die richtigere, der am a. O. p. 16 ff ausführt, dass die Ansicht Mommsens in obiger Verschärfung gewiss irrig ist, der aber im übrigen anerkennt, dass „ein gewisser Einfluss des staatlichen Vermögensrechts auf die Gestaltung des Privatrechts stattfand, teils direkt, sodass ursprünglich nur dem Staat und ähnlichen Körperschaften offenstehende Rechtsverhältnisse zu allgemein zugänglichen wurden, teils indirekt, indem dem Privatverkehr mit dem Administrativrecht durchaus gemeinsame und übliche, aber dort ursprünglich des Rechtsschutzes ermangelnde Geschäfte in vereinzelten Beziehungen sich nach dem Muster der

[20] Vergl. Gaius I, 132 : Lex XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: Si pater ter filium venum duit, a patre filius liber esto.

[21] A. M. Stockar, Ueber den Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht; vergl. insbesondere p. 17 ff.

[22] Vergl. Burckhard a. a. O. p. 16 und die dort ang. Literatur; Pernice, Labeo I p. 168 ff: Paulus, sent. lib. V tit. I de liberali causa § 1 : Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos uendiderint statui ingenuitatis eorum non praejudicant : Homo enim liber nullo pretio aestimatur. Iidem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt; ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt. Vergl. auch die Ausführungen und Quellenangaben in Pauly-Wissowa unter Art. mancipium; Ueber Paulus vergleiche Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 283 ff.

[23] Siehe Handbuch der römischen Altertümer II. Band 1. Abt.: Mommsen, römisches Staatsrecht p. 421, 431; Mommsen in Zeitschrift der Savignystiftung VI p. 260 ff; Girard, Geschichte und System des römischen Rechts p. 617 ff.

staatsrechtlichen Praxis richteten – letzteres m. Er. bei der Miete". Vorsichtiger als Mommsen ist Heyrovsky, Ueber die rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten, Leipzig 1881, der auf p. 104 ausführt: „In Rom ging der Staat dem privaten Rechtsverkehr mit neuen Rechtsschöpfungen voran, nicht wenige Rechtssätze und Institute sind allem Anschein nach zuerst auf dem Boden des staatlichen Vermögensrechtes entstanden und fortgebildet worden und haben erst später und vermutlich von jenem Gebiet aus in das allgemeine Civilrecht Eingang gefunden." Und auf p. 107 schränkt er die Meinung Mommsens dahin ein, dass „diejenigen Bestimmungen der magistratischen leges locationum, welche sich auch für den privaten Verkehr als brauchbar erwiesen, in den leges der privaten locationen reproduziert wurden und dadurch der Anstoss zu manchem Rechtssatz des gemeinen Miet- oder Pachtrechts geworden sind". Vergl. auch Pernice, Labeo I p. 468: Die operis locatio hat ihren Ursprung in den staatlichen Verdingungen, die operarum locatio in der Sklavenvermietung". Ferner Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I. Band: Geschichte des Kaufs im römischen Recht § 59, der auf p. 456 sagt, dass „die Redaktion der Staatsverwaltungsverträge vorbildlich gewirkt, dass ebenso das privatrechtliche arbitrium boni viri Vorbild und Muster in der zensorischen Praxis gefunden haben mag. In allem übrigen ist der publizistische Vertrag wesentlich anders konstruiert als der zivilrechtliche". Vergl. auch seine Ausführungen auf p. 267 ff und p. 277. Zwar mögen die staatlichen Verdingungen, die dabei üblichen leges contractus zum Vorbild gedient haben, aber für die Annahme, dass die Verpflichtungskraft solcher privatrechtlicher Abmachungen aus diesen Vorbildern des öffentlichen Rechts abzuleiten wären, fehlt jede Grundlage.[24]) Es liegen also zwar vereinzelte Einflüsse des Staatsvermögensverkehrs aufs Privatrecht vor, aber von einer Uebertragung publizistischer Rechtsverhältnisse ins Privatrecht einer Reception römischen Staatsrechts ins jus privatum im Sinne der oben angeführten Meinung Mommsens kann keine Rede sein. Die Wurzel des römischen Mietrechts ist vielmehr im privaten Verkehr und im Privatrecht zu suchen. Vergl.

[24]) Vergl. Mayr II. Buch Die Zeit des Amts- und Verkehrsrechts 2. Hälfte: Das Privatrecht II p. 68 ff.

darüber die überzeugenden Ausführungen bei Burckhardt a. a. O. p. 16 bis 42.[25])

Da also zur Zeit des Rechts der XII Tafeln einerseits locatio conductio operarum dem Rechte wohl noch nicht angehörte, andererseits aber sie ein elementares Mittel wirtschaftlicher Bedürfnisbefriedigung darstellt, taucht die Frage auf, wie denn der Verkehr ohne sie auskommen konnte und wie er sich behalf. Denn der Dienst- und Arbeitsvertrag ist dann erforderlich, wenn man das, was nötig ist und was man braucht nicht selbst schaffen kann oder schaffen will.

Die Antwort auf die obige Frage ist die, dass die locatio in Anbetracht der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse des alten Roms, nämlich bei dem Vorherrschen der Landwirtschaft, der Oikenwirtschaft und der Sklaverei nicht in dem Masse notwendig war wie in späteren Jahrhunderten und besonders heute. Das Bedürfnis des Verkehrs ist Masstab und Richtschnur für die Regelung tatsächlicher Verhältnisse durch das Recht. Deshalb werden auch vielfach Geschäfte, die noch keine grosse Rolle spielen, vom Rechte nicht ergriffen.

Der Dienst- und Arbeitsvertrag war nur von geringer Bedeutung, da Kleinhandel und Handwerk von Sklaven, abhängigen Freigelassenen und von Fremden betrieben wurden. Wenn also auch die alte Zeit der Sach- und namentlich der Dienstmiete wenig bedarf, so ist dies doch nicht zu überspannen, und zuzugeben, dass wohl schon bald nach den XII Tafeln sich allmählich die locatio conductio operarum entwickelt haben wird. Wenn man auch vielfach, sei es aus Gefälligkeit, sei es auf Gegenseitigkeit, sowohl in der Stadt, als auch auf dem Lande sich unentgeltlich ausgeholfen haben wird, so konnte man doch auch in der alten Zeit ohne Dienstmiete nicht auskommen und gar manchmal wird eine Einzelwirtschaft z. B. eine bäuerliche Hausgenossenschaft in der Erntezeit ihre Arbeiten nicht allein haben bewältigen können und Arbeitskräfte, sowohl Menschen als Tiere, haben mieten müssen. Und wenn man auch im alten Rom die zum Bedarf erforderlichen Güter in

[25]) Vergl. auch die Ausführungen in Pauly-Wissowa unter Art. locatio über die locatio im öffentlichen Recht und im Privatrecht.

der Hauswirtschaft selbst produzierte, soweit es möglich war, so wird man doch in manchen Dingen auf fremde Betriebe mit eigenen technischen Hilfmitteln angewiesen gewesen sein ‹z. B. die fullones, die die im Einzelhaushalt selbst gesponnenen Gewebe in weitere Bearbeitung nahmen›. In den Städten, namentlich in Rom, entstand das Bedürfnis bei gewissen Arbeiten, die besondere Uebung und Zeit beanspruchten, eine Arbeitsteilung einzuführen. So entstanden die angeblich schon auf Numa oder Servius Tullius zurückreichenden Handwerkerinnungen der Schuster, Färber, Töpfer, Gerber, Zimmerleute, Kupfer- und Goldschmiede, die den Beginn der römischen Industrie bilden[26]›. Jedoch wurden Industrie und Handwerk der Römer in der Folgezeit in ihrer Entwicklung gehemmt durch die Einfuhr ausländischer Erzeugnisse, die bei der zunehmenden Ausdehnung des Reiches und des Verkehrs allmählich den Markt eroberten.

Die Miete spielte unter anderem schon frühzeitig beim Begräbniswesen in Rom eine grosse Rolle. Die Leichenfeier wurde nämlich an den libitinarius verdungen, der dann mit seinen Leuten, den custodes, pollinctores, Flötenbläsern, Klageweibern und Bahrenträgern die Bestattung ausführte. Sodann gab es in Rom früh Fleischer, Bäcker und Barbiere. Es war einerseits, wie oben bereits dargelegt wurde, Sklavenmiete und Sklavenwirtschaft bereits in früher Zeit in Rom üblich; andererseits war aber auch die Arbeitsteilung gegenüber der Oikenwirtschaft schon seit alters vielfach Bedürfnis.[27]›

Was die Entwicklung des Mietrechts anlangt, so geht aus diesen Darlegungen auch hervor, dass die Mobiliarmiete, die Sklavenmiete und auch die locatio conductio operis seit alters Verkehrstatsache waren und mit dem wirtschaftlichen und kulturellen Aufschwung stets noch mehr Verkehrsbedürfnis werden mussten, während Immobiliarsachenmiete ursprünglich geradezu fehlt. Die Bewohner und Grundbesitzer des alten Latium waren nicht Pächter und Mieter sondern entweder Eigentümer oder Prekaristen.[28]› Geht man davon

[26]› Vgl. Marquardt, Das Privatleben der Römer a. a. O. p. 375; Kübler, Geschichte des römischen Rechts a. a. O. p. 37, 345 ff.
[27]› Vgl. Burckhardt a. a. O. p. 45.
[28]› Vgl. Dernburg, Pandekten II p. 287; Mommsen, die römischen Anfänge von Kauf und Miete a. a. O. p. 260; Burckhardt a. a. O. p. 16.

aus, dass der Urfall der römischen Sachenmiete nicht die Vermietung von Immobilien, sondern die Vermietung von Mobilien war, dass sich auf dieser Grundlage die Grundzüge der Theorie des Mietvertrages entwickelten und dass man diese Grundsätze erst später auf Mietverträge über Immobilien übertrug, so klären sich manche befremdende Erscheinungen des römischen Mietrechtes. So ist z. B. unwahrscheinlich, dass sich der römische Rechtssatz, wonach der Käufer nach Uebereignung der Mietssache an die Vermietungsverträge des Verkäufers nicht gebunden ist, bei der Vermietung von Immobilien entwickelt hat, während dieser Rechtssatz naheliegend und begreiflich ist, wenn man annimmt, dass er bei der Vermietung von Mobilien entstanden ist. Ferner erscheint es bei der Miete von Mobilien natürlich, dass es in Rom keine gesetzlichen Kündigungsfristen bei Vermietungen gab und dass also, wenn keine besondere Vereinbarung getroffen war, jeder Vertragsteil jederzeit das Vertragsverhältnis aufheben konnte. Dass sich aber dies zuerst bei der Immobilienmiete entwickelt habe, ist nicht gut denkbar. Diese und noch andere Gründe,[29]) ferner der Umstand, dass die XII Tafeln nur von der Miete von Spannvieh handeln, sprechen dafür, dass die Mobiliarmiete die Aeltere ist und dass eine Vermietung von Immobilien erst aufkam, nachdem sich die Miete von Mobilien entwickelt hatte.[30])

Zwar spielt bei den Pandektenjuristen die Immobiliarmiete die Hauptrolle; dies ist aber erklärlich aus dem Grunde, weil ja gerade die Immobiliarmiete in Anbetracht der grossen Bevölkerungszunahme und der Abwanderung in die Städte der wichtigste Fall der Miete in der späteren Zeit wurde. Und den Juristen oblag die nicht leichte Aufgabe, die überkommenen Normen der Miete von Immobilien einigermassen anzupassen.[31])

Noch ein anderer Umstand spricht dafür, dass die Mobiliarmiete die ältere ist, nämlich die Terminologie von locare und

[29]) Siehe darüber Dernburg Pandekten II p. 287 f.

[30]) Anderer Ansicht ist Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II p. 636 ff, wonach die Miete von Immobilien die älteste Miete war; vergl. zu dieser Frage auch Girard, Geschichte und System des römischen Rechts p. 619; Pernice, Labeo I p. 467 f; Dernburg, Pandekten II p. 287 ff; Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie Art. conductio.

[31]) Vergl. Dernburg, Pandekten II p. 287.

conducere, „aufstellen" und „wegführen". Während Mommsen[32] conducere als congregare auffasst und der Ansicht ist, locator sei im Staatsrecht die Gemeinde als „Platzgeber", weil sie in den Hauptfällen dieser Verträge den Platz gewährt, sei es als Ackerfeld oder als Baustelle, und conductor sei der Private als „der Versammler" und es sei an Arbeiten gedacht, die Pächter oder Unternehmer mit Scharen von zu diesem Zweck zusammengeführten Arbeitern, Sklaven oder Freien ausführen, nehmen Brinz[33] und Dernburg[34] auch hier die streng sinnliche Bedeutung als Grundbedeutung an.

Wie oben bereits dargelegt wurde, ist die Vermietung von Sklaven, die ja als Sachen galten, schon früh vorgekommen. Conducere bedeutet nach dieser Ansicht das „Holen" von Sklaven und späterhin freien Arbeitern, die zu diesem Zweck an gewissen Plätzen zur Verfügung „gestellt" wurden bezw. sich „stellten". (locare). Conductio ist unter Zugrundelegung des wörtlichen Sinnes die Mitnahme einer Sache zu vorübergehendem Gebrauch oder einer Person zur vorübergehenden Benutzung ihrer Dienste gegen Mietslohn. Bei solchen Vermietungen muss sich die Bezeichnung locatio conductio „Aufstellen" und „Wegführen" entwickelt und eingebürgert haben und aus dieser locatio conductio der operarii leitet sich die locatio conductio operarum ab[35]. In Uebereinstimmung mit dieser streng sinnlichen Auffassung führt auch Kaskel[36] aus: „Locator war der Arbeitnehmer, der seine

[32] Vergl. Mommsen, Handbuch der römischen Altertümer Leipzig 1874 II. Band 1. Abt.: Römisches Staatsrecht p. 413 und namentlich 421.

[33] Vergl. Brinz a. a. O. Band II p. 752.

[34] Vergl. Dernburg, Pandekten Band II p. 287 ff.

[35] Ueber die Bedeutung von locare und conducere siehe auch Burckhardt a. a. O. p. 26 ff; Endemann, a. a. O. p. 179; Lotmar, a. a. O. I p. 51 f; Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie Art. locatio; Degenkolb, Platzrecht und Miete p. 134 ff, ferner die bei Brinz a. a. O. II p. 752 angeführten Stellen. Vergl. ferner Silberschmidt, a. a. O. I p. 36 und Mommsen in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte VI p. 263 ff, wo er noch gewagter ausführt, conducere passe in seiner Grundbedeutung des „Zusammenbringens" auf den Apparitorenvertrag für die Annahme und Einstellung der Apparitoren, da sie stets eine Kurie bildeten; bei der Uebertragung auf den censorischen Vertrag sei diese sinnliche Grundbedeutung nicht empfunden worden und die privatrechtliche locatio conductio operarum, die Verdingung der eigenen Arbeitskraft durch den freien Mann, sei nichts anderes als die Verallgemeinerung des alten Apparitorenvertrags. Vergl. auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1 p. 636.

[36] Kaskel, a. a. O. p. 85.

körperlichen Dienste ⟨se et operas suas⟩ verdingt ⟨„auf den Markt stellt"⟩, Conductor der Arbeitgeber, der den gemieteten Arbeitsmenschen „mit sich fortführt". Erst nachdem jene Ausdrücke bei den Mobilien den Sinn von Vermietung angenommen hatten, kam offensichtlich erst eine Vermietung von Immobilien in Aufnahme[37]⟩.

Aber selbst wenn die Anhänger der Theorie, wonach die Immobiliarmiete die ältere ist, recht hätten, so steht doch wohl soviel fest, dass die Sachmiete ⟨locatio conductio rei⟩ als der Urtypus des Geschäftes zu betrachten ist. Die Dienstmiete ⟨locatio conductio operarum⟩ und auch die Werkmiete ⟨locatio conductio operis⟩ dürften sich erst im Anschluss an die Sachmiete entwickelt haben. Die Sklaven, die man ursprünglich brauchte und mit denen man arbeitete, wurden als Sachen behandelt und bildeten selbst den Gegenstand der Miete. Die Verträge mit ihnen oder über sie nahmen daher, auch wenn es sich um die Leistung von operae oder eines opus handelte, stets den Charakter einer locatio conductio rei an. Als sich dann allmählich auch arme Freie, denen lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung stand, zur Lohnarbeit bereit fanden und ihre Arbeitskraft anboten, wurde, was ursprünglich nur durch die Miete von Sklaven erzielt wurde, allmählich auch zum Gegenstande von Vereinbarungen mit freien Personen gemacht, die nur die Leistung von Diensten ⟨operae⟩ oder die Herstellung eines bestimmten Werkes ⟨opus⟩ auf sich nahmen. Die locatio conductio operarum, bei welcher Freie ihre Dienste vermieteten, stand also der Vermietung von Sklaven, die als Sachen behandelt wurden, sehr nahe[38]⟩. Der Arbeits- und Dienstvertrag war nichts anderes als eine Abart der Sachmiete, eine Miete unfreier Arbeitskräfte. Die locatio conductio operarum hatte deshalb auch nur niedere Dienste zum Gegenstand, wie sie von Unfreien geleistet zu werden pflegten ⟨operae illiberales⟩ und bei denen der Arbeitnehmer, wenn er auch persönlich frei war, hinsichtlich der Arbeit auf die gleiche Stufe mit einem Sklaven gestellt wurde, mit dem zusammen er wohl oft arbeiten musste. Auf die Entstehung der locatio conductio operarum aus der Sklavenmiete weist

[37]⟩ Dernburg, Pandekten II p. 287.
[38]⟩ Vergl. Dernburg Pandekten II p. 288.

auch der Umstand hin, dass die gerade niedere Arbeiten verrichtenden Taglöhner und die ihrem Patron Dienste leistenden Freigelassenen einer weitgehenden Disziplinargewalt des Arbeitgebers unterworfen waren[39]).

Es wurde gering geschätzt, einem Anderen für Geld seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Und weil körperliche Arbeit im Dienste anderer in der Regel von Sklaven geleistet wurde, erschien auch die Lohnarbeit Freier nicht als eine Bestätigung ihrer freien Persönlichkeit, sondern als ein Sachgut, das der Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt fähig war. Als nämlich im Laufe der Zeit und mit der Entwicklung der Wirtschaft an Stelle des Hauswerks die wirtschaftliche Form des Lohnwerks in der rechtlichen Gestalt der locatio conductio operarum trat und Freigelassene und freie niedere Bürger mehr und mehr notgedrungen ihre Arbeitskraft anboten und verdingten, kam das römische Recht über die Regelung, dass die Dienstmiete unter den Gattungsbegriff der Sachmiete fiel, nicht hinaus. Die körperliche Arbeitskraft des Menschen wurde vom Rechte als Sache behandelt und der Dienst- und Arbeitsvertrag dem Begriff der Miete ⟨locatio conductio⟩, also dem Vertrag über Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt unterworfen, „wobei die Gebrauchsüberlassung einer Arbeitskraft ⟨l. c. operarum⟩ der Gebrauchsüberlassung einer Sache ⟨l. c. rei⟩ und der Bestellung einer Werkleistung ⟨l. c. operis⟩ vielfach gleichgestellt wurde“[40]) [41]).

Neben den Formen der Dienst- und Arbeitsleistungen durch Sklaven, Freigelassene und Freie kannte das römische Recht auch noch solche durch den colonus[42]).

Während einerseits, wie dargelegt wurde, der freie Dienst- und Arbeitsvertrag infolge des Uebergewichts der unfreien Arbeit stark eingeschränkt war, fielen andererseits auch die höheren Dienste und Arbeiten aus dem Gebiete des Dienst- und Arbeitsvertrages heraus. Die Dienstmiete galt nämlich nur für die Dienste des niederen

[39]) Vergl. D. 48, 19 l. 11 § 1; ferner Pernice in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt. IX p. 242 ff; Molitor a. a. O. p. 375.

[40]) Vergl. Inst. de locatione et conductione 3, 24; D. locati conducti 19, 2; Cod. 4, 65 de locato et conducto.

[41]) Vergl. Kaskel a. a. O. p. 85.

[42]) Ueber den Colonat vergl. Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 347 ff; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht I p. 35 mit weiteren Literaturangaben; Endemann a. a. O. p. 30 ff.

Volkes, für die operae illiberales. Dienste höherer Art dagegen, d. h. eines freien Bürgers würdige Dienste ‹operae liberales›, wurden grundsätzlich nicht gegen Entgelt geleistet und auch nicht als Miete behandelt ‹operae locari non solitae›, weil für diese die Entgeltlichkeit begriffswesentlich war, sondern auf Grund eines unentgeltlichen Auftragsverhältnisses ‹mandatum›, gegebenenfalls gegen einen Ehrensold. Die artes liberales waren nach römischer Auffassung mit einer sklavenartigen Stellung des Arbeitnehmers unvereinbar. Es war für einen freien Römer, der Anspruch auf gesellschaftlichen Rang erheben und sein Ansehen in der Gesellschaft nicht verlieren wollte, unmöglich und undenkbar, sklavenartige Dienste der Unterordnung zu leisten. Trat jedoch ein Freier mit der Leistung von artes liberales in Tätigkeit, so behandelte man nach wie vor solche Verträge als mandatum, dem bei seiner ursprünglichen Unentgeltlichkeit eine sklavenartige Unterordnung unbekannt war. Wenn auch später ein Honorar üblich wurde, so konnte es ursprünglich doch nicht mit rechtlich verpflichtender Wirkung vereinbart und mit keiner actio eingeklagt werden; denn die Ausübung der artes liberales, d. h. der Arbeiten, die nach römischer Auffassung nicht für ein Geldaequivalent einem anderen zum Gebrauch überlassen werden, ist nichts sachenartiges, das eine Ueberlassung gegen Entgelt zuliesse, sondern eine Betätigung der freien Persönlichkeit, die nicht zum Inhalt einer locatio conductio gemacht werden kann. Für den libertus, dem infolge seiner Abstammung von der Sklaverei her noch ein gewisser Makel anhaftete, war es nicht schmählich, seine operae gleich wie eine Sache zu vermieten und dieselbe Auffassung wird wohl auch hinsichtlich der ärmsten und niedersten Klassen, der Plebejer geherrscht haben. Für die Freigeborenen jedoch, die politische Rechte ausüben konnten, galt es als „unehrenhaft, die Persönlichkeit zur Leistung sachenartiger Dienste für Geld herabzuwürdigen, geschweige denn für die Patrizier, welche ihrer Geburt nach als berufen galten, die Magistratur und Priestertümer zu verwalten".[43]

Die Bedeutung der freien Arbeit stieg erst allmälich seit der späteren Kaiserzeit, als nämlich die Wirtschaft sich gehoben und die

[43] Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1 p. 642 ff.

Arbeitsteilung sich verfeinert hatte, ganz abgesehen von den zahlreichen Freilassungen, auch die Kriege, die den Hauptzufluss der Sklaverei darstellten, seltener wurden, mehr Friede in das römische Weltreich einzog und auch die rechtliche und wirtschaftliche Stellung der Sklaven sich besserte. Mit dem allmählichen Schwinden der Sklaverei lag eine gute Behandlung der Sklaven noch mehr als früher im eigenen Interesse der Herren.[44] Aber noch immer wurde die Arbeit gering geschätzt.[45] Der Betrieb des anständigsten Gewerbes durch Freie galt als schimpflich, dagegen nicht die Ausübung des verächtlichen Gewerbes durch Sklaven.[46]

Das Christentum erst war es, das den sittlichen und sozialen Wert der Arbeit erkannte, schätzte und pflegte und diesem Gedanken mit seiner allmählichen Eindringung und Durchsetzung zum Siege verhalf. Sätze wie: „Jeder der nicht arbeitet, soll auch nicht essen" (2 Thess. 3, 10) oder: „Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert" (Math. 10, 3) sind für den antiken Menschen Laute aus einer anderen Welt.[47] Hatte doch noch sogar Cicero[48] geschrieben: opifices omnes in sordida arte versantur nec enim quicquam ingenuum habere potest offizina. Und während bei den Griechen jedes Handwerk eine Kunst ist, ist bei den Römern die bildende Kunst ein Handwerk und daher erklärt Seneca die Malerei und die Bildhauerei für ebenso illiberale Gewerbe als das Handwerk der Steinmetzen.[49] Bildende Kunst und Handwerk wurden auf eine Stufe gestellt und „von der praktischen Seite d. h. als Mittel des Erwerbes einerseits und der Befriedigung des Bedürfnisses andererseits" betrachtet.[50] Unter dem Einfluss des Christentums wurde dann

[44] Vergl. Seneca, ep. 47: . . . . . servi sunt. immo homines. servi sunt. immo contuberales. servi sunt. immo humines amici. servi sunt. immo conservi, si cogitaveris tantundem in utrosque licere fortunae.

[45] Vergl. Paulus, sententiae II, 18 de locato et conducto § 1: Homo liber, qui statum suum in potestate habet et pejorem et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat.

[46] D. 5, 3 l. 27 § 1 de hereditatis petitione ulpian : in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.

[47] Ueber Bedeutung, Begriff und Charakter der Arbeit siehe Staatslexikon unter Art. Arbeit. Aber auch der Heide Gaius sagt in III, 149: saepe opera aliarius pro pecunia valet.

[48] Cicero, de officiis 1, 42.

[49] Seneca, ep. 88, 18: non enim actucor, ut in nummerum liberalium artium pictores, recipiam, non magis quam statuarios aut marmorarios aut ceteros luxuriae ministros.

[50] Vergl. darüber Marquard, Das Privatleben der Römer a. a. O. p. 589 ff.

allmählich die Auffassung über Arbeit und Arbeiter umgestaltet. Ueber die allmähliche Achtung der Menschenwürde am Sklaven und die Anerkennung des grundsätzlichen Standpunktes der griechischen Philosophie durch die römische Rechtstheorie der klassischen Zeit, wonach alle Menschen von Natur aus frei sind, weshalb die Sklaverei, wenn sie auch ein Institut des juris gentium ist, mit der Natur und der tatsächlichen Lage in Widerspruch steht; ferner über die sich daraus ergebenden inneren Widersprüche des Sklavenverhältnisses vergl. die Ausführungen und Belege bei Pernice, Labeo I p. 113 ff; Pauly-Wissowa Realenzyklopädie Art. Sklaven mit näheren Quellenangaben.

Wurden Freie tätig, z. B. als Advocaten, Aerzte, Feldmesser, so liess man ihre Tätigkeit gewöhnlich nicht unter den Begriff der Dienstmiete fallen, sondern unter den eines Auftrags- oder eines sonstigen unentgeltlichen Vertragsverhältnisses, weil eben die Lohnarbeit als unwürdig für einen freien römischen Bürger galt.[51]

So hat in Rom die Rechtsordnung die sogenannten liberalen Berufe z. B. die Lehre des Philosophen und des Professors, die Tätigkeit des Advocaten und die Kunst des Arztes usw. nicht auf eine Stufe mit den körperlichen Arbeiten gestellt. Erst allmählich bürgerte sich die Uebung ein, die früher nicht bezahlten operae liberales, die auf Grund eines unentgeltlichen Auftragverhältnisses geleistet wurden, durch ein salarium ⟨Salzgeld, später Gehalt⟩ oder ein honorarium ⟨Ehrensold⟩ zu entgelten, dessen Ausbedingung aber keine rechtliche Verpflichtung erzeugte und deswegen ursprünglich mit keiner actio einklagbar war. So war es zuerst für die Feldmesser ⟨agrimensores⟩, später für die praeceptores studiorum liberalium ⟨Lehrer, Rhetoren⟩, die Arzte[52]⟩, die advocati, jedoch mit Beschränkung ihrer oft übertriebenen Forderungen[53]⟩, die Makler ⟨proxenetae⟩, die Hebammen und Ammen[54]⟩. Den Professoren

---

[51]⟩ Vergl. Ihering, der Zweck im Recht I p. 113 ff.

[52]⟩ D. 50, 13 1. 1 pr. und 1.

[53]⟩ D. 1. 12. 1. 13; 48. 19. 9.

[54]⟩ D. 50, 13. 1. 2. und 14.

der Philosophie und des jus civile dagegen wurde ein Honoraranspruch nicht gewährt[55] [56].

Erst die kaiserliche extraordinäre Rechtssprechung führte als Neuschöpfung einen Rechtsanspruch auf Honorar ein. Während das römische Zivilrecht eine Klage nur auf den Mietpreis für operae illiberales gewährte, wurde die Honorarforderung für operae liberales erst durch die Kaiser im Verfahren extra ordinem mit Rechtsschutz bekleidet, worüber die Entscheidung in den Provinzen den Statthaltern (praeses provinciae) zustand, in Rom neben anderen Beamten, wie den Konsuln, vielleicht auch den Tribunen, wie Kübler[57] nachweist unter Berufung auf die Juvenalstelle VII, 228: „rara tamen merces, quae cognitione tribuni non egeat", die er übersetzt mit: „Der Lehrer erlangt sein Honorar nicht ohne gerichtliche Entscheidung des Tribunen[58]".

Was den Gegensatz zwischen operae liberales und operae illiberales[59] im alten Rom anlangt, so deckt er sich mit dem zwischen geistiger und körperlicher Arbeit. Nicht die geistige, sondern nur die körperliche Arbeit hat nach altrömischer Auffassung Anspruch auf Lohn. Diese Auffassung herrschte nicht nur im alten Rom, sondern sie war und ist allen Völkern und Menschen auf niederer Kulturstufe eigen und wenn auch im Laufe der Jahrhunderte der Geist den Körper auch in dieser Richtung überholt hat, so kann man auch heute noch und zwar gar nicht so selten von Leuten aus dem Volke hören, dass nur körperliche Arbeit Anspruch auf Lohn habe, weil sie Schweiss koste, während geistiges Schaffen nicht als Arbeit gilt. Diese Auffassung kam und kommt daher, weil die körperliche Arbeit, namentlich ihr Vorgang und ihr Produkt, der

[55] D. 50. 13 1. 4 und 5: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanta nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offeri debuit; immerhin: quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur,

[56] Vergl. darüber Endemann a. a. O. p. 180.

[57] Vergl. Kübler in der Festschrift zu Otto Hirschfelds 60. Geburtstage: Privatrechtliche Competenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit p. 54. Zustimmend Dessau, Geschichte der römischen Kaiserzeit Band I p. 115.

[58] Ueber das Klagbarwerden der Miete als Konsensualkontrakt vergleiche die Ausführungen bei Kübler, Geschichte des römischischen Rechts p. 174 ff; Burckhardt a. a. O. p. 40 ff; Mayr II, Zeit des Amts- und Verkehrsrechts 2. Hälfte, das Privatrecht II p. 68 ff; Endemann a. a. O. p. 166 ff; Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Rechts p. 123.

[59] Vergl. darüber die Ausführungen bei Ihering Der Zweck im Recht, p. 112 ff.

äusseren grobsinnlichen Wahrnehmung unterliegt und kam bei den alten Römern im Recht dementsprechend zum Vorschein. Im römischen Recht galt es ursprünglich sogar für unehrenhaft, sich geistige Arbeit bezahlen zu lassen. Nur körperliche Arbeit wurde bezahlt und deswegen auch verachtet. Merces ist das für locatio conductio charakteristische Wort.[60] Und der Lohn (merces) stellt die körperliche Arbeit auf gleiche Stufe mit der Ware (merx).[61]

Die Ausdrücke locare und conducere wurden sowohl bei Personen als auch bei Sachen gebraucht. „Der Dienstmann oder Handwerker ist ein vorübergehender vertragsmässiger Sklave, sein Dienst enthält eine soziale Herabwürdigung (ministerium). Er verpflichtet ihn zu Leistungen, zu denen der Freie sich eigentlich nicht hergeben, die er dem Sklaven überlassen sollte (operae illiberales) — dem Lohn klebt der Schmutz an."[62] Wie Pernice[63] ausführt, wird von dem römischen Juristen überhaupt vorausgesetzt, dass die locatio conductio operarum sich auf Dienstleistungen niederer Art beschränkt. Vergl. auch Brinz[64]: „Nur Arbeiten, welche unter der Herrschaft und nach Anordnung des Arbeitgebers verrichtet werden, bei denen der Leistende sich also in dienendem Verhältnisse zum Empfänger verhält, nicht beliebiges Tun sind operae". Die Dienste dagegen, die eines freien Mannes würdig waren und die in geistiger Tätigkeit bestanden, wurden nicht mit merces, sondern höchstens unter Umständen mit einem Ehrengeschenk (honorarium) vergütet.[65]

[60] Vergl. Kübler, Festschrift zu Otto Hirschfelds 60. Geburtstag: Privatrechtliche Competenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit p. 54.

[61] Vergl. Gaius Inst. III. § 142: locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur : nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi. Inst. 3, 24 pr. : locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iscemque juris regulis consistunt: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta est. D. 19, 2 1. 2 pr. : locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.

[62] Vergl. Ihering der Zweck im Recht p. 112 ff. siehe auch Pernice, der in Zeitschrift der Savigny-Stiftung IX p. 243 operae mercede conduktae treffend etwa unseren „gedungenen Handlangern" in verächtlichem Sinne gleichstellt.

[63] Vergl. Pernice in Zeitschrift der Savigny-Stiftung IX p. 242 ff.

[64] Brinz, Lehrbuch der Pandekten II. Band § 332.

[65] Vergl. jedoch Kübler in der Festschrift zu Otto Hirschfelds 60. Geburtstage, Privatrechtliche Competenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit p. 54, der hinsichtlich des zu den operae liberales gehörenden Lehrauftrages unter Berufung auf Juvenal sat. VII, 228 (rara tamen merces, quae cognitione tribuni non egeat) nachweist, dass der ausbedungene Lohn gewöhnlich als merces bezeichnet wird, welches das für locatio conductio charakteristische

Grundsätzlich stellte ein freier Mann, der auf Ehre hielt, diese Dienste seinem Mitbürger und dem Staate nicht des Lohnes halber, sondern unentgeltlich zur Verfügung und so wurden zahlreiche Bedürfnisse des Staates und der Gesellschaft im alten Rom jahrhundertelang durch unentgeltliche Dienstleistungen befriedigt. Ehre und Einfluss, die mit diesen Diensten verbunden waren, hatten für den besseren Römer denselben Reiz wie klingende Münze. Die Unentgeltlichkeit jedoch war es, die den unbemittelten Teilen der Bevölkerung den Weg zu jenen Berufen und Stellen verschloss und ihn lediglich für wohlhabendere Kreise freihielt.[66] Erst den Griechen, die als Lehrer auf allen Wissensgebieten in grosser Anzahl in die Weltstadt kamen und sowohl notgedrungen als auch ohne ein derartiges Vorurteil Geld für ihre Dienste annahmen, verdankte Rom den allmählichen Uebergang zum Lohnsystem. Dass aber die Wissenschaft nicht auf eine Stufe mit der Handarbeit gestellt wurde, beweist die Tatsache, dass das Recht auf sie nicht die demütigende Form der actio „locati" mit der „merces" anwandte, sondern die extraordinaria cognitio des Praetors zum Unterschied von jener hervorbrachte.[67]

Dem Honorar der Privaten folgte später die Besoldung der Lehrer aus öffentlichen Mitteln und die Einführung der Besoldung im Staatsdienst nach dem Vorbild der Provinzen.[68] Bei diesen operae liberales aber sprach man nicht von merces, sondern von honorarium, salarium, annona, cibaria, sportula, stipendium usw. und betonte dadurch bei den einzelnen Vergütungen zum Unterhalt ihren Zweck.[69]

Wort ist. Aber trotzdem wurde das Engagement solcher Männer, deren Beruf überwiegend geistige Arbeit verlangte, als Mandat angesehen, „unbekümmert darum, dass zur Natur dieses Rechtsgeschäftes der Theorie nach Unentgeltlichkeit gehörte. Aber einklagen konnten Lehrer, Aerzte, Sachwalter das ausbedungene Honorar mit der actio mandati contraria nicht, sondern sie mussten ihre Ansprüche im ausserordentlichen Verfahren geltend machen". Vergl. auch Molitor a. a. O. p. 377.

66) Ueber Berufgebundenheit vergl. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich II p. 232 f.

67) Vergl. D. 50, 13 1. 1 § 7: sed ceterarum artium opificibus sive artificibus, [quae sunt extra litteras, vel notas positae, nequaquam [extra ordinem jus dicere praeses debebit.

68) Vergl. darüber Ihering, Der Zweck im Recht p. 112 ff.

69) Vergl. Ihering, der Zweck im Recht p. 210 ff.

Als dann im Laufe der Kaiserzeit die Gunst der äusseren Verhältnisse, die Zusammenfassung der gesamten alten Welt zur staatlichen Einheit, zu einem einheitlichen Wirtschaftsgebiet und der überwiegend herrschende Friedenszustand die Bedeutung von Handel und Gewerbe gehoben hatte, als neue Erwerbszweige in zunehmender Arbeitsteilung und Verfeinerung sich ausbildeten, als Handwerker und Künstler, Klein- und Grosskaufleute sich genossenschaftlich organisierten, entwickelte sich trotzdem kein lebenskräftiger Mittelstand, denn Gewerbe und Handel waren in den Händen der Wohlhabenden, die sie meist nicht selbst, sondern durch ihre Sklaven, Freigelassenen oder abhängige Freie ausüben liessen. Nachdem jedoch die Besoldung der öffentlichen Aemter üblich geworden war, wurde allmählich auch die Entlohnung privater Dienst- u. Arbeitsleistungen nicht mehr als des freien Mannes unwürdig angesehen.[70)][71)]

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass der Ursprung der römischen locatio conductio operarum aus der Sklavenmiete auch der freien Lohnarbeit den Stempel der Unfreiheit aufdrückte, dass das römische Recht die überragende Bedeutung der Arbeit als wirtschaftlichen Produktionsfaktor verkannte und als sittliche Pflicht unterschätzte und deshalb den Erwerb durch Arbeit missachtete. Die Analogie zur Sachmiete stellte die Arbeit auf gleiche Stufe mit einem der Ueberlassung in fremden Gebrauch fähigen Sachgut und die Dienstmiete wurde daher als rein vermögensrechtliches, schuldrechtliches Austauschgeschäft behandelt und ausgestaltet[72)].

Infolge der römischen Verhältnisse blieb für die Anwendung der locatio conductio operarum nur wenig Raum und die ganze Lehre vom Dienstvertrag war wenig ausgebildet. Hätte der freie niedere Dienst- und Arbeitsvertrag eine ähnliche Rolle gespielt, wie heutzutage, so hätten sich die römischen Juristen diesem Institut vielmehr widmen müssen als sie es tatsächlich getan haben.

[70)] Vergleiche Mayr 3. Buch, Die Zeit des Reichs- und Volksrechts p. 23 ff. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, Deutsche Uebersetzung 1931.

[71)] Ueber die Auffassung der Arbeit nicht als bittere Notwendigkeit, sondern als soziale und religiöse Pflicht im römischen Kaiserreich, vergl. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, Deutsche Uebersetzung 1931 Band I p. 308 f. Vergl. auch seine Ausführungen über Arbeitsteilung und über Arbeiter und Sklaven in der Wirtschaft, in Handel, Industrie und Landwirtschaft.

[72)] Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 68.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Dienst- und Arbeitsvertrages wurde dem Selbstinteresse der Parteien grundsätzlich völlige Freiheit gewährt. Es galt wie bei jedem anderen civilrechtlichem Vertrag das Prinzip der Vertragsfreiheit.

Der Dienst- und Arbeitsvertrag ist ein Consensualkontrakt mit lediglich obligatorischen Wirkungen, behandelt nach dem Objekt der Leistung, nicht aus dem Subjekt des Leistenden heraus, ein reiner Schuldvertrag, bei dessen inhaltlicher Ausgestaltung die Parteien nur den Schranken des allgemeinen Civilrechts unterworfen waren. Besondere Vorschriften über die Verpflichtung des Conductor zur Fürsorge für den Locator bestanden nicht. Bei dem geringen praktischen Bedürfnis ist es zur Ausbildung besonderer Fürsorgepflichten des Dienstherrn nicht gekommen, weil der Sklave und Unfreie als der hauptsächlichste Arbeiter rechtlich als Sache und daher seine Arbeitskraft als Objekt des Dienst- und Arbeitvertrages behandelt wurde und kein besonderer Anlass für eine besondere Beachtung der Person des Leistenden als des tatsächlichen Subjektes des Vertrages vorhanden war. Man hat sich vielmehr in einzelnem Fall damit geholfen, dass man dem Verletzten eine actio legis Aquiliae gab, welche aber oft zu keinem befriedigenden Ergebnis führte[73]).

So enthielt also der römische Begriff der Dienstmiete „kein Moment, das über den individualistischen Vertragsrahmen hinauswies[74]).

III. Recht der Papyrusurkunden.

Die Welt, in die uns die Papyrusurkunden aus Aegypten in griechischer Sprache einführen, ist die des Hellenismus.[1]) Seit Alexander dem Grossen hat die griechische Kultur den Orient erobert und in diesen Ländern eine eigentümliche Steigerung erfahren,

[73]) Vergl. Jacobi a. a. O. p. 161; Dernburg, Pandekten II p. 238 ff; D. 9, 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicetur; D. 9, 3 l. 7; ferner l. 13 pr. l. 5 § 3 l. 6, 7 D. 9, 2.

[74]) Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 68.

[1]) Ueber Umfang und Aufgabe der Papyruskunde siehe Mitteis-Wilcken I 1 p. XI ff; Schubart, Einführung in die Papyruskunde; Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 288 ff. Vergl. auch Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891.

die auf ihre Mischung mit fremden, aber seit alters civilisierten Elementen beruht.[2] Diese Periode gerade wird uns durch tausende von Urkunden so nahe gerückt, wie keine andere Zeit des Altertums. Durch die noch immer hinzukommenden Funde wissen wir verhältnismässig genau Bescheid über Privatleben, Recht und Sitte des hellenistischen Aegyptens in dem Jahrtausend von Alexander bis auf Mohammed.

Zwei Arten von Dienstverträgen, die allerdings nach gewisser Richtung hin als gemischte Verträge zu bezeichnen sind, haben im aegyptisch-hellenistischen Recht eine besondere Rolle gespielt, einerseits die Lehr- und andererseits die Ammenverträge. Letztere wurden zum Teil mit den Herren von Sklavinnen, zum Teil mit freien Frauen abgeschlossen.[3]

Miete im weitesten Sinn umfasst in den griechischen Papyrusurkunden das Wort *μίσθωσις* und die *μισθώσεις* sind Gegenstand und Inhalt verschiedener Urkundenformen, kommen jedoch am häufigsten in objektiv stilisierten Privaturkunden[4] und hypomnematischen Angeboten[5] vor.[6]

Alle Arten der *μίσθωσις* erscheinen in den Papyri, zunächst die locatio conductio rei, worunter neben der Miete der Arbeitskraft eines unmündigen Lehrlings auch die Miete von Sklaven, z. B. die Miete einer Sklavin als Amme fallen.

Auch im hellenistischen Recht beruhten die Dienst- und Arbeitsleistungen ursprünglich in der Hauptsache auf der Arbeit der Unfreien, der Sklaven, die man wie veräussern, so auch zur Arbeit vermieten konnte und deren Arbeitskraft man auf diese Weise für sich verwertete. Und da auch hier der Sklave rechtlich als Sache galt, geschah dies in der rechtlichen Form der Sachmiete.

Zur Besprechung einiger Urkunden selbst übergehend lasse ich zunächst die Uebersetzung eines Ammenvertrages und zwar der

[2] Vergl. Mitteis-Wilcken II 1 Einleitung p. XII f.
[3] Näheres bei Kohler, Ueber Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft Band 29 p. 429 ff.
[4] Siehe Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 324, II, 2 Nr. 341, Mayer, Juristische Papyri Nr. 42 und 43.
[5] Siehe Mitteis-Wilcken II, 2 Nr. 275, II, 2 Nr. 364, Mayer, Juristische Papyri Nr. 38 und 40.
[6] Ueber die griechischen Urkunden, ihre Einteilung und Bedeutung siehe Mitteis-Wilcken II, 1 p. 48 ff.

Miete einer Sklavin als Amme folgen. Dieser Vertrag ist von Schubart in BGU ⟨ Berliner Griechische Urkunden Band IV Seite 183 f publiziert.[7]⟩ . . . . „C. Ignatius Maximus erkennt vor dem Vorsteher des alexandrinischen Laien-Kollegialgerichtshofes vertraglich an, seine Sklavin Chrotarion bei sich im Hause in der Stadt auf 10 Monate vom Hathyr ⟨ 28. Oktober bis 26. November⟩[8]⟩ des laufenden 26. Jahres des Caesars zum Nähren und Stillen des ihr eingehändigten Kindes Pollarus, weiblichen Geschlechts, der Freigelassenen der Thermutharion Kallityche, deren Muttermilch infolge einer Krankheit verdorben ist, mit ihrer reinen unverdorbenen Milch zum ausbedungenen Lohn von monatlich 10 Drachmen und Oel zur Verfügung gestellt zu haben. Gaius hat von Thermutharion in bar ⟨wörtlich aus der Hauskasse⟩ als Gesamtsumme des Ammenlohnes für die ersten drei Monate vom Hathyr bis zum Tybi ⟨ — 27. Dezember bis 25. Januar⟩ 30 Drachmen erhalten. Unter der Voraussetzung, dass Befriedigung des Gaius für die folgenden Monate vom Mecheir ⟨ 26. Januar bis 24. Februar⟩ ab erfolgt, soll er dafür Sorge tragen, dass die Sklavin von jetzt ab für sich selbst und für das Kind Pflege verwendet, dass sie ihre Milch nicht vertreibt, nicht bei Männern schläft, nicht schwanger wird, kein anderes Kind daneben säugt; was sie empfängt oder was ihr in guter Beschaffenheit anvertraut wird, soll sie gut verwahren und auf Verlangen zurückgeben oder den Wert jedes Dinges ersetzen, ausgenommen offensichtliche Abnutzung durch Gebrauch; wenn die Wertminderung offensichtlich durch Abnutzung erfolgt ist, soll sie von der Ersatzpflicht entbunden sein und innerhalb der Zeit darf sie ihre Tätigkeit als Amme nicht aufgeben. Wenn sie aber gegen die Vertragsbestimmungen verstösst, soll er den Ammenlohn mit 50% Zuschlag zurückerstatten, den Schaden und die Aufwendungen ersetzen und 200 Silberdrachmen zahlen, wobei die Zwangsvollstreckung gleich wie auf Grund eines Rechtsstreites ⟨ eines gerichtlichen Urteils⟩ zustehen soll. Und wenn Chrotarion dies ausführt, verpflichtet sich Thermutharion von jetzt ab den monatlichen Ammenlohn zu bezahlen, das Kind innerhalb der Vertragsdauer nicht zu entziehen und sie soll schuldig sein im Falle der Uebertretung

[7]⟩ Siehe auch Mayer a. a. O. Nr. 41.
[8]⟩ Ueber „Monate" siehe Mitteis-Wilcken I. 1 p. LVI.

dieselbe Vertragsbusse zu bezahlen wie Maximus. Chrotarion aber wird sich mit dem Kinde monatlich mehrmals zu Thermutharion begeben. — Wir sind einverstanden.[9] 17. Oktober 5 v. Chr."

In dieser gerichtsnotariellen Urkunde *[συγχώρησις]*[10] verdingt also der Eigentümer seine Sklavin als Amme für ein Kind. Der Herr vermietet seine Sklavin und verwertet auf diese Weise ihre Arbeitskraft und da der Sklave rechtlich als Sache behandelt wurde, geschah dies in den Formen der Sachmiete. In obigem Ammenvertrag[11] stehen sich zwei Personen mit gegenseitigen Rechten und Pflichten gegenüber, auf der einen Seite der Eigentümer der Sklavin als locator, auf der anderen Seite der conductor, bezw. die conductrix. Die res ist die Sklavin als Amme und Vertragsobjekt. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten sind genau geregelt, nämlich auf der Seite des locator: Hingabe der Sklavin auf bestimmte Zeit an bestimmtem Ort[12] zu bestimmtem Lohn,[13] Empfangsbestätigung über zum Teil bereits erhaltenen Lohn, Haftung für die Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen, nämlich eigene Pflege und Pflege des Kindes, keine Vertreibung der Milch, kein Beischlaf mit Männern, keine Schwangerschaft, keine Säugung eines anderen Kindes, sorgfältige Behandlung aller empfangenen Gegenstände, Rückerstattung auf Verlangen, bezw. Wertersatz, Nicht-Aufgabe der Ammentätigkeit vor Ablauf des Vertrages, im Uebertretungsfalle Strafbestimmungen nämlich: Rückerstattung des Lohnes mit 50% Zuschlag, Ersatz des Schadens und der Auslagen, Konventionalstrafe, Exekutionsklausel.[14] — Auf der Seite des conductor besteht die

---

[9] So Preisigke, Mitteis-Wilcken II, 1 p. 66 übersetzt es: Wir bitten um Legalisierung der Urkunde.

[10] Siehe Mayer, Juristische Papyri p. 92 f; Ueber die *συγχώρησις*-Urkunde vergl. Mitteis-Wilcken II 1 p. 65 ff.

[11] Ueber die Urkundenbestandteile vergl. Mayer Juristische Papyri p. 134.

[12] Um eine Umgebung der Kontrolle durch die Amme zu verhindern, wird Stillen und Pflege „ausserhalb", aber „in der Stadt" ausbedungen, während auf dem Lande das Kind wohl der Amme in ihr Haus bezw. in das ihres Herrn gegeben wurde. Siehe darüber Schubart in Jahrbuch für Kinderheilkunde a. a. O. p. 93.

[13] Ueber Natural- und Geldlohn vergl. auch Schubart in Jahrbuch für Kinderheilkunde p. 93 f; Wilcken, Ostraka p. 665 ff.

[14] Ueber Bedeutung, Herkunft, Zweck und Verfahren siehe Mitteis-Wilcken II, 1 p. 119; Lewald a. a. O. p. 30 ff; Mayer, Juristische Papyri p. 45 f und 142 ff; Mayr, III. Buch Die Zeit des Reichs- und Volksrechts p. 86 f.

Verpflichtung zur Zahlung des monatlichen Ammenlohnes, Nicht-Fortnahme des Säuglings vor Ablauf des Vertrages, Zahlung einer Konventionalstrafe im Uebertretungsfalle. Schliesslich ist auch der Amme noch die Verpflichtung auferlegt, sich und das Kind mehrmals im Monat dem conductor vorzustellen.

In Aehnlichkeit mit der besprochenen Urkunde steht eine Urkunde aus der Zeit des Augustus, welche von der Vermietung einer Sklavin Zosima als Amme auf zwei Jahre für ein weibliches Sklavenkind handelt. Auch dieses Schriftstück geht sehr ins Einzelne. Von Interesse ist die Verabredung, dass die Sklavin, im Falle der Säugling innerhalb der zwei Jahre sterben sollte, einen anderen an dessen Stelle annehmen müsse. Auch sie soll ihre Milch nicht vertreiben dürfen, Männern nicht den Beischlaf gewähren, im genannten Zeitraum nicht schwanger werden, kein anderes Kind dazunehmen usw. Die ihr anvertrauten Gebrauchsgegenstände sollen zurückgegeben, oder ihr Wert ersetzt werden; nur Schwämme, Seife, Wanne, Kämme gelten als verbraucht. Doch ist manches in dieser Urkunde nicht ganz sicher zu enträtseln. Diese Urkunde ist von Schubart in IV, Bande der BGU p. 86–89 unter Nr. 1058 veröffentlicht[15] [16].

Als locatio conductio rei dürfte auch der Vertrag über die Miete der Arbeitskraft eines unmündigen Lehrlings aufzufassen sein, sogenannter Lehrlingsvertrag, der von Grenfell-Hunt P. Oxy. II 275 veröffentlicht ist und dessen griechischen Text ich aus Mitteis-Wilcken I, 2 unter Nr. 324 ersehen habe.[17] In Folgendem die Uebersetzung des Vertrages:

„Tryphon . . . . . und der Weber Ptolemaios, beide heimatsberechtigt[18] in der Stadt Oxyrhynchos, vereinbaren vertraglich miteinander: Tryphon verdingt seinen noch unmündigen[19] Sohn Thoonis . . . . . auf ein Jahr vom heutigen Tag an für

[15] = Mitteis-Wilcken II, 2 Nr. 170.

[16] Vergl. auch BGU 1111, in Band IV p. 186 f, welcher Vertrag über die Aufhebung der Kinderpflege handelt und aus Alexandrien aus der Zeit des Augustus stammt; ferner BGU Nr. 1112 in Band IV p. 188, worin über die Aufhebung eines Vertrages über eine Amme in Alexandrien, ebenfalls aus der Zeit des Augustus gehandelt wird.

[17] Siehe auch Mayer, Juristische Papyri Nr. 42.

[18] Vergl. darüber Mitteis-Wilcken I, 1 p. 42 f, 348 f.

[19] Siehe Mayer, Juristische Papyri p. 31 und die dort verzeichnete Literatur.

alle ihm von Ptolemaios aufzuerlegenden Dienste im Webergewerbe, wie er es auch selbst versteht, wobei der Vater Tryphon für die ganze Zeit Verpflegung und Kleidung seines Sohnes, ebenso die Steuern[20] des Sohnes übernimmt, wofür ihm der Ptolemaios für Rechnung der Verpflegung monatlich 5 Drachmen zahlen wird und zum Schlusse der ganzen Zeit für Rechnung der Kleidung 12 Drachmen. Es soll dem Tryphon nicht erlaubt sein, seinen Sohn vom Ptolemaios wegzunehmen, bis die Zeitspanne voll ist, widrigenfalls er ebensoviele Tage als der Sohn widerrechtlich nicht gearbeitet hat, ihn nach der Zeit zur Verfügung stellen oder für jeden Tag eine Silberdrachme als Schadenersatz zahlen soll. Nimmt er seinen Sohn innerhalb der Zeit weg, so soll er als Vertragsbusse hundert Drachmen und ebensoviel als Fiskalmult[21] zahlen. Wenn aber Ptolemaios den Knaben nicht gründlich ausbildet, soll er schuldig sein, dieselben Vertragsbussen zu zahlen . . . . . ."

Diese objektiv stilisierte Privaturkunde[22] in Form einer Homologie vom Jahre 66 n. Chr. aus Oxyrhynchos stammend, enthält einen gegenseitigen Vertrag, in welchem ein Weber und der Vater eines geschäftsunfähigen Lehrlings die Kontrahenden sind und in welchem ferner Gegenstand des Vertrags die im Dienste des Meisters zu betätigende Arbeitskraft des Lehrlings ist. Der Vater ist locator, der Weber conductor rei und die Vertragsdauer beträgt ein Jahr.[23] Die Verpflichtungen der Parteien, nämlich auf Seiten des locator: Verdingung seines Sohnes, Uebernahme der Verpflegung, Kleidung und Steuern, Konventionalstrafe usw., und auf Seiten des conductor: Entgelt und Konventionalstrafe sind genau geregelt.[24]

Auch die locatio conductio operarum ist in den Urkunden vertreten und zwar sind zu ihr die Lehrverträge im engeren Sinn zu rechnen, bei denen es nur auf die Lehrtätigkeit des Meisters ankommt, der dafür als locator Lohn erhält, denn auch der Lehrvertrag, der darin besteht, dass eine Person zwecks Ausbildung in

[20] Siehe Mitteis-Wilcken I, 1 p. 171, 188.
[21] Näheres darüber siehe bei Mitteis-Wilcken II, 1 p. 76 f.
[22] Näheres bei Mayer, Juristische Papyri p. 105 f.
[23] Ueber die Bestandteile der Urkunde siehe Mayer, Juristische Papyri p. 137
[24] Ueber Lehrlingsverträge und Lehrverträge siehe auch Mitteis-Wilcken I, 1 p. 261.

irgend einem Berufe im Dienste eines anderen beschäftigt ist, ist ein Dienstvertrag und zwar ein abhängiger Arbeitsvertrag. Die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Dienste liegt in der Ausbildung. Es handelt sich also beiderseits um Dienstleistungen, die im Austauschverhältnis zu einander stehen.[25] [26] Zur locatio conductio operarum zählen namentlich auch die Ammenverträge d. h. die Selbstverdingung einer freien Frau zu Ammendiensten.[27] Auch andere Dienst- und Arbeitsverträge kommen in den griechischen Papyrusurkunden vor, so Dienstverträge mit ländlichen und anderen Arbeitern,[28] mit Dienstboten,[29] mit Musikern, Pantomimen u. dergl.[30]

Neben den Dienst- und Arbeitsleistungen durch eigene oder gemietete Sklaven waren auch dem ägyptisch-hellenistischen Wirtschaftsleben in steigendem Masse solche durch Freie bekannt. Neben der unfreien Sklavenmiete bildete sich mit der wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung auch der freie Dienst- und Arbeitsvertrag und eine Arbeitsteilung aus. Als jedoch solche Verträge mehr und mehr bei der Entwicklung der Wirtschaft in Uebung kamen, wurden auch im ägyptisch-hellenistischen Recht die äusseren Rechtsformen vom Zustande der Unfreiheit entnommen und der Vertrag fiel unter den Begriff Miete. Darin und nicht in der auch öfters vorkommenden Dienstantichrese[31] ist wohl der Ursprung des Dienst- u. Arbeitsvertrags auch im ägyptisch-hellenistischen Recht zu suchen.[32]

---

[25] Vgl. Oertmann a. a. O. p. 251; Kaskel a. a. O. p. 141; Hueck-Nipperdey I p. 344 ff; Staudinger Vorbemerkung VI, 10 zu „Dienstvertrag".

[26] Siehe BGU 1021 Band IV p. 11; BGU 1125 Band IV p. 221 ff, wo es sich um das Erlernen der Flötenbegleitung zu anderen Instrumenten handelt; P. oxy. IV 724 Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 140.

[27] Vergl. BGU 1106 Band IV p. 175 ff Mitteis-Wilcken II, 2 Nr. 108; ferner BGU Band IV Nr. 1107 p. 178 f, 1108 p. 180 ff, 1153 I p. 281; vergl. BGU Band IV Nr. 1110 p. 184 f, Nr. 297; siehe auch P. Oxy. I, 38 = Mitteis-Wilcken II, 2 Nr. 58.

[28] Vergl. BGU Band IV Nr. 1122 p. 214 ff.

[29] Vgl. BGU 310; P. Oxy. I, 138, 140 Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 438.

[30] Vergl. P. Grenf. II, 67 Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 497; P. Gen. 73 Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 496; P. Lond. 331 Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 495.

[31] Ueber Dienstantichrese ⟨παραμονή⟩ siehe: BGU Band IV Nr. 1124 p. 219 f, Nr. 1126 p. 227 ff; Nr. 1139 p. 253 f; Nr. 1153 II p. 282; Nr. 1154 p. 283 f; ferner Lewald, Zur Personalexekution im Recht der Papyri p. 13 ff; Mitteis-Wilcken II, 1 p. 67 Anm. 6; Kohler, Ueber die Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Babylon und Aegypten in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Band 29 p. 427 ff.

[32] Vergl. darüber die Vorbemerkungen!

Dienstantichrese ist der Vertrag, durch welchen eine Person für eine Schuld in Dienst gegeben wird.[33]

Zahlreiche Dienst- und Arbeitsverträge der verschiedensten Art sind uns in den Papyrusschätzen des hellenistischen Aegyptens erhalten geblieben. Im Folgenden sei zunächst ein sogenannter Ammenvertrag *[συγγραφὴ τροφῖτις]* mit einer freien Frau übersetzt und besprochen, und zwar ist es ein Vertrag mit *ἀγώγιμος*-Klausel, der von Schubart in den BGU Band IV p. 175 ff unter Nr. 1106 publiziert ist.[34]

Vertrag des Marcus Aemilius mit Theodote, der als Weiber-vormund und Bürge ihr Mann Sophron zur Seite steht. Geschlossen in Alexandrien im Februar—März des Jahres 13 v. Chr.

„Theodote erklärt sich bereit, für die Zeit von 18 Monaten vom Phamenot (= 25. Februar—26. März) des gegenwärtigen 17. Jahres des Caesar (= Kaiser Augustus) an, das aufgenommene Sklavenkind des Marcus, den Säugling Tyche, welchen er ihr eingehändigt hat, ausserhalb bei sich in der Stadt zu ernähren und mit ihrer eigenen reinen und unverdorbenen Milch zu säugen, wofür sie monatlich als Lohn für die Milch und die Ernährung samt Oel 8 Silberdrachmen empfängt. Hievon hat Theodote durch Sophron als Bürgen von Hand zu Hand (= in bar, im Gegensatz zu der häufig vorkommenden Zahlung durch die Bank, wörtlich „aus dem Geldkasten daheim") auf die vorstehenden 18 Monate das Nährgeld für 9 Monate insgesamt 72 Drachmen erhalten. Sollte innerhalb dieser Zeit dem Kinde etwas zustossen, so wird Theodote ein anderes Kind aufnehmen, nähren, säugen und dem Marcus ebenfalls für 9 Monate zur Verfügung stehen, ohne irgend etwas dafür zu empfangen, weil sie ein Unsterbliches zu ernähren übernommen hat. Sie soll, den noch übrigen monatlichen Nährgeldern entsprechend sich selbst und dem Kinde angemessene Pflege angedeihen lassen, nicht beim Manne liegen, nicht schwanger werden und kein anderes Kind daneben säugen. Was sie empfangen hat, oder was ihr anvertraut worden ist, soll sie unbeschädigt erhalten und zurückgeben, wenn es ihr abgefordert wird, oder sie soll den Wert eines jeden

[33] Vergl. Mitteis-Wilcken II, 1 p. 67 Anm. 6.
[34] Vergl. auch Mitteis-Wilcken II, 2 Nr. 108.

erstatten, abgesehen von augenscheinlicher Abnutzung, bei deren Offenbarwerden sie frei ausgehen soll und sie soll die Ernährung innerhalb der Zeit nicht unterbrechen. Wenn sie aber etwas davon übertritt, so soll sie und Sophron abgeführt werden ⟨= sie sollen der Verhaftung unterworfen sein⟩[35] und festgehalten werden dürfen, bis sie bezahlen, was sie an Nährgeld und sonst empfangen haben mit Zuschlag der Hälfte, sowie den Schaden und die Ausgaben und dazu 300 Silberdrachmen. Die Eintreibung soll stattfinden an ihnen beiden, die für einander Zahlungsbürgen sind, an jedem einzelnen und an welchen von beiden er will, sowie an ihrer ganzen Habe, wie auf Grund eines Urteils. Kein Pfand, das sie etwa dafür bieten noch irgend ein Schutz[36] soll dagegen gelten. Wenn sie aber alles erfüllt, soll auch Marcus Aemilius ihr das monatliche Nährgeld für die übrigen 9 Monate gewähren und soll ihr das Kind innerhalb dieser Zeit nicht entziehen oder auch seinerseits das gleiche Strafgeld zahlen. Theodote aber wird sich mit dem Kinde monatlich 3mal oder 2mal zu Marcus aus freien Stücken begeben, und das Kind und sich zur Besichtigung vorstellen".

Was die Person der Amme betrifft, so ergibt sich aus dieser Urkunde, dass es sich durchaus nicht immer um Sklavinnen handelte. Hier ist es z. B. eine verheiratete Frau. Während die Sklavin von ihrem Herrn vermietet wird, der auf diese Weise ihre Arbeitskraft ebenso verwertet, wie auch andere Sklavenbesitzer, die ihre Sklaven als Arbeiter vermieten, so schliesst hier eine freie Frau selbständig den Ammenvertrag ab. Wie der Besitzer einer Sklavin dieselbe des Gewinnes halber vermietet, so betreibt auch die freie Frau den Ammendienst als Gewerbe. Dazu drängte

[35] Ueber die ἀγώγιμος-Klausel siehe Mitteis-Wilcken II, 1 p. 46 und 119 ff, wo ausgeführt ist, dass diese Klausel wohl schon aus der ptolemaeischen Zeit herrührt und wohl nur bei πέρασι τῆς ἐπιγονῆς wirksam war und bei diese noch neben der Klausel Καθάπερ ἐκ σίκης steht und dass ihre Bedeutung wohl darin liegt, dass die Vollstreckung noch über die gewöhnliche Personalexekution (καθάπερ ἐκ σίκης) hinausbeschleunigt war. Siehe auch Lewald a. a. O. p. 27 ff. Es ist möglich, dass in diesem Falle private Schuldknechtschaft mit Arbeitszwang eintrat.

[36] Damit ist wohl Zuflucht zu einem Asyl oder Berufung auf irgend welche Gesetze oder Verordnungen zu Gunsten Unbemittelter gemeint. Vergl. auch Lewald zur Personalexekution im Recht der Papyri p. 53.

vielfach die Armut, was daraus zu schliessen ist, dass ein Lohnvorschuss vereinbart ist. Die Ammen werden wohl durchwegs Frauen aus niederen sozialen Kreisen gewesen gewesen sein.

Ueber die Pflichten der Amme handelt der obige Vertrag, wie die alexandrinischen Verträge überhaupt, sehr ausführlich. Das Kind wird der Amme in Pflege gegeben und von ihr nicht nur das Säugen, sondern auch die gesamte Wartung verlangt. Sie soll dem Kinde ihre eigene reine und unverdorbene Milch geben, darf während der Dauer des Vertrags nicht geschlechtlich verkehren und nicht schwanger werden und hat in jeder Hinsicht für ihre eigene Gesundheit, wie für die des Kindes zu sorgen. Um dem Kinde kräftige und ausreichende Nahrung zu sichern, muss die Amme die Verpflichtung eingehen, kein anderes Kind daneben zu stillen. Gewerbsmässige Ammen versuchten wohl um mehr Geld zu verdienen, gleichzeitig mehrere Kinder zu übernehmen und das will der Eigentümer des Kindes hintertreiben.

Kam es auf, dass die Milch der Amme verdorben war, oder dass sie eine andere übernommene Pflicht verletzte, so war dies ein Grund, den Vertrag als gebrochen zu betrachten und auf diesen Fall beziehen sich die angedrohten Konventionalstrafen und die Vollstreckungsklausel[37]. Der Ammenvertrag wurde erst abgeschlossen, nachdem die Amme bereits einige Zeit das Kind gestillt hatte. Darin ist wohl eine Probezeit zu erblicken, die es beiden Teilen ermöglichte ohne Schaden vom Vertrag zurückzutreten, wenn die Amme nicht befriedigte. Um dies ersehen zu können und um sonst eine Kontrolle zu haben, musste sich die Amme mit dem Kinde mehrmals im Monat vorstellen.

Auch die Länge der Säuge- und Pflegezeit ist genau bestimmt und gegenüber den bei uns heutzutage herrschenden Verhältnissen beträchtlich[38].

Genaue Vereinbarungen wurden auch über die Bezahlung der Lohnammen getroffen. Das Entgelt bestand in Geld u. Naturallohn.[39]

[37] Siehe darüber Adolf Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden 1911.

[38] Näheres bei Schubart, Die Amme im alten Alexandrien im Jahrbuch für Kinderheilkunde p. 92 ff, Kohler, Ueber Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Babylon und Aegypten.

[39] Vergl. näheres bei Schubart, Die Amme im alten Alexandrien a. a. O., Kohler, Ueber Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Babylon und Aegypten a. a. O. p. 430 ff.

Ueber die Frage Geldwirtschaft oder Naturalwirtschaft hat Wilcken[40] überzeugend ausgeführt, dass auch im hellenistischen Aegypten in den Formen, die das Altertum überhaupt entwickelt hat, die Geldwirtschaft sowohl im öffentlichen als auch im privaten Haushalt dominierte. Tagelöhne und Gehälter wurden in fortschreitendem Masse in Geld bezahlt; nur Personen, die in den Haushalt aufgenommen wurden, erhielten in der Hauptsache Naturallohn (Lebensunterhalt, Oel, Kleidung, und anderes. Aehnlich noch heute).

Wie aus den oben übersetzten Beispiel hervorgeht, standen auf der Verletzung der vertraglichen Bestimmungen empfindliche Strafen. Einerseits wird der Amme eine sorgfältige Erfüllung ihrer Pflichten im eigensten Interesse aufgegeben; andererseits besteht ihre Sicherheit in der vom Besitze des Kindes eingegangenen Verpflichtung, das Kind innerhalb der Vertragszeit nicht zurückzuziehen.

Weitere Urkunden über Ammenverträge, die mit der eben besprochenen Urkunde im wesentlichen übereinstimmen, sind von Schubart in den Aegyptischen Urkunden aus den kgl. Museen, griechische Urkunden Band IV, Nr. 1058, 1106—1112 veröffentlicht. Weitere Ausführungen und Quellenangaben über diese Verträge bei Schubart, die Amme im alten Alexandrien im Jahrbuch für Kinderheilkunde a. a. O; Kohler, Ueber Miet-, Pacht- und Dienstverträge in Babylon und Aegypten in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Band 29 p. 427 ff.

Die Papyrusforschung verdankt den englischen Ausgrabungen in Oxyrhynchos neben zahlreichen anderen Papyrusschätzen auch die Auffindung eines Textes, der nicht nur für die Geschichte der Stenographie, sondern auch für unser Thema von Interesse ist. Er ist im 4. Bande der Oxyrhynchos-Papyri von Grenfell-Hunt unter Nr. 724 publiziert und auch in Mitteis-Wilcken I, 2 unter Nr. 140 abgedruckt. Dieser Vertrag, der aus dem Jahre 155 n. Chr. stammt, lautet folgendermassen: „Panechotes, auch Panares genannt, Ex-Kosmet von Oxyrhynchos, vertreten durch seinen Freund Gemellos, lässt den Geschwindschreiber Apollonios grüssen. Ich habe meinen Sklaven Chairammon auf zwei Jahre vom gegenwärtigen Monat

[40] Wilcken, Griechische Ostraka I p. 665.

Phamenoth ⟨ = 25. Februar – 26. März⟩ des 18. Jahres des Kaisers Antoninus, unseres Herrn an, zu dir in die Lehre der Schnellschrift, die dein Sohn Dionysios versteht, gegeben. Der Lohn, den wir miteinander vereinbart haben, beträgt 120 Silberdrachmen, ausser den Geschenken an Festtagen; davon hast du den ersten Teilbetrag in Höhe von 40 Drachmen erhalten, den zweiten in Höhe von 40 Drachmen wirst du empfangen, wenn der Sklave das ganze Lehrbuch durchgenommen hat, den dritten im Betrage von 40 Drachmen wirst du am Schlusse bekommen, wenn der Sklave in jeder Hinsicht die Kurzschrift schreiben und fehlerlos lesen kann. Falls du ihn aber vor Ablauf der Zeit in der Kurzschrift ausbildest, werde ich die obige Frist nicht bis zum Ende abwarten. Es ist mir nicht gestattet, den Sklaven innerhalb der Zeit wegzunehmen und er wird bei dir nach Ablauf der Zeit so viele Tage und Monate verweilen müssen, als er müssig ist".

Durch diesen Vertrag[41]⟩ gibt also ein früherer Kosmet von Oxyrhynchos seinen Sklaven einem Tachygraphen unter genauer Festlegung der Bedingungen in die Lehre. Es kam wohl nicht selten vor, dass Herren ihre Sklaven ein Handwerk oder eine Kunst lernen liessen, auch wenn sie deren Arbeitskraft während der Lehrzeit vermissen, ja selbst noch Zahlungen leisten mussten. Es stieg ja doch dadurch der Wert des Sklaven und hoffte man doch das Geld später wieder durch Verwertung der Kunst des Sklaven hereinzubringen.[42]⟩

Zur weiteren Illustration der Verhältnisse im hellenistischen Aegypten übersetze ich im Folgenden noch einige andere Verträge über Dienst- und Arbeitsleistungen, deren griechischen Text ich aus Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde ersehen habe.

Engagement von Artisten zu einem Dorffest — 165 n. Chr. — Arsinoe — P. Lond. II 331 Mitteis-Wilcken, I, 2 Nr. 495[43]⟩:

---

[41]⟩ Vergl. zu ihm auch die Ausführungen Küblers in dem Aufsatz „Die Lebensstellung der Stenographen im römischen Kaiserreich" im Archiv für Stenographie, 57. Jahrgang, Berlin 1906 p. 145 ff und 177 ff.

[42]⟩ Siehe auch Wessely, im Archiv für Stenographie 56. Jahrgang 1905, p. 36 ff, der hier interessante Ausführungen über das Verhältnis der römischen zur griechischen Schnellschrift macht.

[43]⟩ Siehe auch Wilcken, Archiv für Papyrusforschung III p. 241, Neue Nachträge zu P. Lond. II. ferner Wilcken, Archiv I p. 153 f. Papyrus-Urkunden.

„Kosmos, dem Unternehmer der Flötenspielerinnen, von Satyros beheimatet in Nesos. Ich will dich in Dienst nehmen mit drei Gymnastikern und vier Mädchen zum Verdingen gegen Lohn im oben genannten Dorf auf 6 Tage vom 18. des gegenwärtigen Monats Phaophi ⟨ = September bis Oktober⟩. Du bekommst für jeden Tag 40 Silberdrachmen und was wir etwa empfangen, werden wir nach Ablauf des Vertrages zurückgeben und wir werden Fürsorge und Sorgfalt an den Tag legen und wir werden für die Hinreise noch 4 Esel und für die Rückreise ebensoviele zur Verfügung stellen".

Der Vertrag wird also mit einem *προνοητὴς αὐλητρίσων*, der Flötenspielerinnen und ähnliches fahrendes Volk zu vermieten hatte für ein bevorstehendes Fest in Nesos geschlossen. Da Satyros im Laufe des Vertrags vom Singular in den Plural verfällt, schliesst Wilcken daraus, dass er im Namen eines Vereins handelt.

Engagement von Tänzern für Philadelphia — 2. bis 3. Jahrhundert n. Chr. — Faijum — Gen. 73 = Mitteis-Wilcken 1, 2 Nr. 496[44]⟩:

„. . . . . Ich verpflichte mich, mich dir mit den anderen drei Tänzern gegen Lohn zu verdingen im Dorfe Philadelphia vom 24. Mecheir ⟨ = 26. Januar bis 24. Februar⟩ nach dem alten Wandeljahr gerechnet[45]⟩ auf 7 Tage, wobei ich von dir als Lohn täglich 28 Drachmen bekomme. Du hast uns zu beköstigen und nach geleisteter Arbeit neben dem Lohne noch das übliche Trinkgeld und ausserdem drei Artaben Datteln als Ehrenlohn vom Collegium tadellos zu gewähren . . . . .".

Die Artisten vermieten also ihre Dienste einem Vereinsvorsteher.

Engagement von Tänzerinnen durch einen Verein — 237 nach Chr. — Arsinoe — Grenf. II, 67 — Mitteis-Wilcken I, 2 Nr. 497[46]⟩.

„ . . . . . ich will von dir die Tänzerin Tsais mit einer anderen anmieten, damit sie für uns im obengenannten Dorfe auf

[44]⟩ Vergl. Wilcken, Archiv III p. 402, Zu den Genfer Papyri.
[45]⟩ Ueber Chronologie vergl. Wilcken Ostraka I, 791 ff; Mitteis-Wilcken I, 1 p. LIV ff.
[46]⟩ Vergl. Wilcken, Archiv f. Papyrusforschung I, 153 f; Wilcken, Zu P. Grenfell I u. II im Archiv f. Papyrusforschung III, 124.

10 Tage vom 13. Phaophi ‹ = 28. September bis 27. Oktober› das alte Wandeljahr betreffend, Dienste verrichten. Sie erhalten täglich als Lohn 36 Drachmen und in Bausch und Bogen als Ehrensold für die ganze Spieldauer 3 Scheffel Weizen und 15 Paar Brote, ferner für die Hin- und Rückreise drei Esel. Jetzt sofort aber haben sie als Handgeld ‹Vorschuss›, das dir auf den Ehrensold angerechnet wird, 2 Drachmen empfangen".

Der Vorstand eines Vereins mietet also in diesem Vertrage von einem Impressario der Flötenspielerinnen zwei Tänzerinnen.

So kannte also auch das hellenistische Recht Aegyptens, wie uns die Papyrusurkunden lehren, neben den Dienst- und Arbeitsverrichtungen durch eigene und gemietete Sklaven entgeltliche Dienst- und Arbeitsleistungen durch Freie. Auch hier hatte ursprünglich die Eigenarbeit und die Sklavenarbeit genügt, um die wirtschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Hatte man selbst keine oder nicht genügend Sklaven zur Verfügung, so mietete man fremde Sklaven, was in der Form der Sachmiete geschah, weil auch hier der Sklave rechtlich als Sache galt. Wie aber die auf Papyrus erhaltenen Beurkundungen von Rechtsgeschäften zeigen, kam in der Provinz Aegypten des römischen Weltreiches, wo Römer mit Provinzialen in geschäftliche und rechtliche Beziehungen traten und römisches, griechisches und ägyptisches Recht aufeinanderstiessen, neben zahlreichen anderen Geschäften des täglichen Lebens, wie Kauf-, Miet-, Pacht-, Werkverträgen, Darlehen-, Erb- und Eheverträgen, Testamenten usw. auch Dienstverträge mit Freien vor. Meist sind es allerdings Verträge unter Peregrinen, die griechisches Recht enthalten.[47]› Auch hier überliessen freie Personen ihre Arbeitskraft gegen Entgelt, indem sie selbst ihre Dienste vermieteten. Auch hier hat sich der freie Dienst- und Arbeitsvertrag im Anschluss an die Sklavenmiete entwickelt, auch er fiel unter den Gattungsbegriff Miete.

Ueber das Verhältnis der Sklavenarbeit zur freien Arbeit in Aegypten hat Wilcken[48]› ausführliche Beobachtungen angestellt und zwar unter Unterscheidung zwischen der griechischen Welthandelsstadt Alexandrien und dem flachen Lande, der χώρα, in der ganz andere Verhältnisse massgebend waren. Er ist der Ansicht, dass

[47]› Vergl. Kübler, Geschichte des römischen Rechts p. 304.
[48]› Wilcken, Ostraka p. 681 ff.

trotz der relativ hohen Sklavenzahl auch die Arbeit der Freien einen bedeutenden Anteil am vielseitigen wirtschaftlichen Leben Alexandriens hatte.[49] Wilcken gelangt auf Grund genauer Untersuchungen[50] zu dem Schluss, dass die meisten der in den Urkunden genannten Sklaven als Haussklaven zu betrachten sind, die zur Erleichterung der Wirtschaft und zu persönlichen Diensten, besonders in vornehmeren Familien der Griechen und Römer in mässiger Zahl gehalten wurden, dass aber unter ihnen die Sklavinnen, abgesehen davon, dass sie sich auch in der Wirtschaft nützlich machten[51] als Konkubinen des Hausherrn eine besondere Stellung einnahmen. Was die Bedeutung der Sklaven im Handwerk und in der Industrie anlangt, so hat Wilcken[52] eine Liste über die Berufsarten im hellenistischen Aegypten aufgestellt, auf Grund deren er zu dem Ergebnis kommt, dass von irgendwelcher Bedeutung der Sklaverei für das Handwerk und die Industrie in Aegypten keine Rede sein kann, dass die Gewerbe in erster Linie in der Hand der freien Bevölkerung waren, wogegen die Verwendung von Gewerbesklaven im Dienste wohlhabender Häuser, die ihre Sklaven, wie das ja auch in Griechenland und Rom häufig vorkam, für ein bestimmtes Handwerk ausbilden liessen, völlig zurücktritt.[53]

Auch die Grossindustrie, wie sie vom König selbst und von den Tempeln in ihren Fabriken betrieben wurden, wirtschafteten nicht mit Sklavenmassen, sondern mit freien Lohnarbeitern, die für Lohn *(κάτεργον, μισθός)* und für eine gewisse Beteiligung am Gewinn für den König und für die Tempel arbeiteten, wenn sie auch gewissen Beschränkungen unterworfen waren.

Bei einer so fein gegliederten Arbeitsteilung, wie sie aus der oben angeführten Liste Wilckens über die Berufsarten hervorgeht, kann von einer Oikenwirtschaft im Aegypten der hellenistischen Zeit keine Rede sein. Was schliesslich noch die Bedeutung der Sklaverei

[49] Ueber das Volksleben siehe Mitteis-Wilcken 1, 1 p. 417 ff.
[50] Wilcken, Ostraka p. 681 ff.
[51] Der Hausherr verdiente z. B. durch sie Geld, indem er sie als Ammen in ein anderes Haus vermietete.
[52] Wilcken, Ostraka, p. 688 ff; Ueber Industrie und Handel siehe auch Mitteis-Wilcken 1, 1 p. 258 ff.
[53] Ein Beispiel für einen Handwerker, der um Lohn *(μισθός)* bei anderen arbeitet, bietet Mitteis-Wilcken 1, 2 Nr. 325 ⟨P. Lond. III, 131.⟩.

in der Landwirtschaft betrifft, so wirtschafteten einerseits in der privaten Wirtschaft die kleinen Parzellenbesitzer nicht mit Sklaven, sondern sie bearbeiteten mit Hilfe ihrer meist sehr zahlreichen Familie ihr Stück Land und nahmen wohl bei besonders umfangreichen Arbeiten z. B. bei der Ernte, freie Taglöhner (ἐργάται, auch γεωργοὶ μισθωτοί genannt) zur Hilfe, die ihre Arbeitskraft gegen Lohn vermieteten. Was andererseits noch die königlichen und heiligen Domänen anlangt, so weist auch hier Wilcken[54] nach, dass auch in diesen gewaltigen Latifundien, die in ihrer Gesamtheit den grössten Teil des Landes ausmachten, die Sklaverei keine hervorragende Rolle gespielt hat, dass vielmehr diese Domänen, in der Regel in kleinere Parzellen zerlegt, an Pächter,[55] die aus der freien Bevölkerung entnommen wurden, vergeben und von diesen in der oben angedeuteten Weise bewirtschaftet wurden.

Wilcken kommt[56] zu dem Ergebnis, dass weder in der Industrie, noch in der Landwirtschaft die Sklaverei vorherrschend war. Wenn auch auf staatlichen und heiligen Domänen Sklaven beschäftigt worden sind, so gelangten sie jedoch zu keiner dominierenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben. Nachweisbar ist in Aegypten die Sklaverei in der Hauptsache nur als Haussklaverei und auch hier nur in beschränktem Umfang.[57]

In anderen Ländern des Altertums war ein Hauptgrund für die ausgedehnte Sklavenwirtschaft der Umstand, dass bei dem Aufschwung von Handel und Industrie ein grosses Bedürfnis nach billigen Arbeitskräften entstand und die Sklaven waren willkommene Kräfte, um in die Wirtschaft eingeschoben zu werden. In Aegypten dagegen stellte die einheimische, ausserordentlich dichte und anspruchslose Bevölkerung, die noch dazu im Vergleich mit anderen Völkern des Altertums politisch unreif und im despotischen Regierungssystem durch Generationen hindurch heranwachsen, daher starke Fronarbeiten gewohnt war, äusserst billige Arbeitskräfte und deswegen kam es auch zu keiner derart ausgedehnten Sklavenwirtschaft wie in anderen Ländern des Altertums.[58]

[54] Wilcken, Ostraka p. 700 f. Vergl. auch Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates, Leipzig—Berlin 1910.

[55] Sie wurden in der Kaiserzeit δημόσιοι γεωργοί genannt.

[56] Wilken, Ostraka p. 703.

[57] Ueber die Lage der Arbeiter vergl. auch Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich Band II p. 178 f.

[58] Wilcken, Ostraka p. 703.

IV. Deutsches Recht.

Im Gegensatz zum römischen Recht hatte sich im deutschen Recht, dem die Geringschätzung der Erwerbsarbeit unbekannt und eine höhere Auffassung vom Wesen der Arbeit überhaupt eigen ist, eine grosse Anzahl von verschiedenartigen Dienst- und Arbeitsverhältnissen entwickelt, die nicht nur das Wirtschafts-, sondern auch das Staatsleben durchzogen. Fast alle diese Dienstverhältnisse waren von dem Grundsatz beherrscht, dass, wie der Dienstpflichtige dem Dienstherrn Treue und Ehrerbietung, so der Dienstherr dem Dienstpflichtigen Schutz und Fürsorge schulde. Da ferner die Arbeit frei wurde, aber auch freie Arbeit ihres Lohnes wert war, erlangten der Dienst- und Arbeitsvertrag im deutschen Recht eine ganz andere Bedeutung und eine viel höhere Stellung als im römischen Recht.

Auch das deutsche Recht kannte ursprünglich den Gegensatz zwischen Freien und Sklaven, und in der altgermanischen Zeit, in der die Bevölkerung auf niederer Kulturstufe stand[1]), wurden die vorkommenden Dienst- und Arbeitsleistungen in der Regel von den unfreien Knechten und den halbfreien Liten ausgeführt. Die Bevölkerung gliederte sich nämlich in Freie, Liten und Knechte. Während der Knecht rechtlos war und gleich dem Vieh als Sache galt, nahmen die Liten eine Zwischenstellung zwischen den Knechten und den Freien ein. Sie waren infolge freiwilliger Unterwerfung unter den Sieger Halbfreie, während der Ursprung der Knechtschaft in Kriegsgefangenschaft und gewaltsamer Unterwerfung durch den Sieger zu suchen ist. Der Lite war zwar rechtsfähig, jedoch seinem Herrn kraft Geburt zu Diensten und Arbeiten verpflichtet[2]). Soweit Dienst- und Arbeitsverhältnisse zwischen Freien überhaupt vorkamen, beruhten sie auf Genossenschaft, Gesellschaft oder Gemeinschaft, meist auf der hausherrlichen Gemeinschaft und nicht auf einem eigenen Dienst- oder Arbeitsvertrag.

So war also auch im deutschen Recht die Arbeit ursprünglich Sache der Unfreien und diese konnten wie veräussert und verpfändet, so auch zur Arbeit vermietet werden. Da jedoch ursprünglich

[1]) Vergl. Brunner a. a. O. § 2, Das Wirtschaftsleben.
[2]) Vergl. Brunner a. a. O. § 4, Das Ständewesen.

eigene Arbeit und die Arbeit der Unfreien genügte, sind Dienst- und Arbeitsverträge erst von der fränkischen Zeit an zu suchen.

In der fränkischen Zeit beeinflusste eine tiefgreifende Aenderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, namentlich hervorgerufen durch die Berührung mit der römischen Kultur, die Einführung des Christentums und die Erstarkung der kirchlichen Gewalt, auch die Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages. Die Eroberungen machten zunächst den König zum Grossgrundbesitzer und durch ihn wurden ergebene Franken für geleistete treue Dienste mit Grund und Boden belohnt. Daneben trat auch die Kirche als Grossgrundbesitzer auf.

Auch in den deutschen Landen war die Landwirtschaft der älteste und ausgedehnteste Wirtschaftszweig. Infolge Entstehung des Grossgrundbesitzes und des Anschwellens der öffentlichen Lasten kam der bis dahin durchschnittlich gleiche und freie Besitz der Volksgenossen allmählich immer mehr ins Schwinden. Da einerseits immer mehr Freie in persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von den Grundherren und Herrenhöfen ⟨Fronhöfen, Salhöfen⟩ gerieten und andererseits auch wiederum die grossen Grundherren infolge Mangels an genügenden unfreien Arbeitskräften weite Teile ihrer Ländereien als Leihegut an Freie ausgeben mussten, büssten diese dadurch ihre Vollfreiheit mehr oder weniger ein und wurden teilweise sogar durch die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Selbstverknechtung gezwungen. So war also mit der Umwandlung der Besitzverhältnisse ein Umsturz der Ständegliederung eingetreten, indem schutzbedürftige Freie sich in die Schutzherrschaft eines Mächtigeren begaben, wofür sie diesem Dienste leisteten, aber auch deswegen nicht mehr als vollfrei erachtet wurden. Andererseits rückten die unfreien Knechte allmählich in den Stand der Halbfreien auf, sodass der Gegensatz zwischen Freien und Unfreien im Laufe der Zeit ausgeglichener wurde[3]⟩.

Die Dienst- und Arbeitsleistungen wurden also allmählich grösstenteils auf Grund von dinglichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen geleistet, die eine Minderung der Freiheit und damit den Ausschluss einer freien Vertragsgestaltung der vorkommenden Dienst- und Arbeitsverhältnisse zur Folge hatten.

[3]⟩ Vergl. Brunner a. a. O. § 11, Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsbildung.

Im Gegensatz zum römischen Recht hat sich im deutschen Recht der freie Dienst- und Arbeitsvertrag nicht aus der unfreien Arbeit herausentwickelt, sondern aus einem eigenartigen personenrechtlichen Verhältnis zwischen rechtlich freien Personen, aus dem Treudienstvertrag, und wie Otto von Gierke nachgewiesen hat, wurzelt in diesem der deutsch-rechtliche Dienstvertrag.

Das einzige Dienstverhältnis, das nicht notwendig eine Schmälerung der Freiheit und sonstiger Standesrechte mit sich brachte, wurde durch den Treudienstvertrag begründet, dessen älteste Form die schon in merowingischer Zeit vorkommende Gefolgschaft ‹antrustio, trustio›, d. h. der Vertrag zwischen Gefolgsherrn und Gefolgsmann war und der dann später seit der fränkischen Zeit als Kommendation weiteste und verschiedenartigste Verwendung fand.

Schon den alten Germanen war die Gefolgschaft als ein für den Krieg bestimmtes Dienst- und Treueverhältnis bekannt, indem sich freie kriegstüchtige Männer in den Dienst der Fürsten und anderer reicher und angesehener Personen begaben, ihrem Gefolgsherrn Treue schwuren und von ihm Schutz und Unterhalt erhielten. Auch in merovingischer Zeit stand dem König zu militärischen Zwecken eine Gefolgschaft als Leib- und Ehrenwache zur Seite, die Antrustionen.[4]› Die Antrustionen verschwanden zwar wieder und zwar wohl noch vor dem 8. Jahrhundert. Der Treudienstvertrag fand aber in der fränkischen Zeit in Form der Vasallität — „einer jüngeren Abschichtung und Fortbildung der Gefolgschaft"[5]› — grössere Verbreitung und verschiedenartige Verwendung. Der Gefolgsmann ‹Vasall› begab sich durch den Treudienstvertrag[6]› lebenslänglich oder nur für eine gewisse Zeitspanne in die Munt des Gefolgsherrn. Der Gefolgsmann verpflichtete sich seinem Herrn zum Gehorsam und zu treuen Diensten, was bei Freien keine Schmälerung der vollen Freiheit zur Folge hatte,[7]› wofür der

[4]› Gefolgsleute anderer Personen kamen unter dem Namen gasindi, später auch vasi, vasalli vor.

[5]› Vgl. Brunner a. a. O. § 20, Die Anfänge des Lehnsstaates.

[6]› „Der Treudienstvertrag ist Selbsthingabe in fremde Munt unter Vorbehalt der Freiheit gegen Zusage dauernden Schutzes und Unterhalts". Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 593.

[7]› Doch gab es auch unfreie Vasallen und nicht nur der König, sondern auch Untertanen konnten Vasallen haben. Vgl. Brunner a. a. O. § 20, Die Anfänge des Lehnsstaates.

Gefolgsherr Schutz, Ausrüstung, Unterhalt und Vertretung versprach. Ursprünglich war damit auch Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft verbunden und solche Verträge waren nicht so sehr schuldrechtlicher Natur, als vielmehr von personenrechtlicher, ja sogar familienrechtlicher Art. Diesen Verträgen waren aber in der Verpflichtung zur Dienstleistung bezw. zur Vergütung zugleich auch die Elemente eines Schuldverhältnisses eigen. Es entwickelte sich also ein Dienstverhältnis mit nicht nur vermögensrechtlichen, sondern auch mit sittlichen Pflichten. Der Treudienstvertrag ist daher auch keine Art der Sachmiete, sondern er ist, was schon die Form seines Abschlusses beweist,[8] ein personenrechtlicher Vertrag, der im Personen- und Muntrecht wurzelt und ein sittliches Gewaltverhältnis begründete. Und eben wegen dieses sittlichen Gewaltverhältnisses beherrschte den Treudienstvertrag nicht etwa die Vertragsfreiheit, wie bei einem reinen Schuldvertrag, sondern ein gegenseitiges Treueprinzip, beruhend auf der Ueber- und Unterordnung zwischen Herrn und Diener. Jedoch enthielt der Treudienstvertrag, der also von Haus aus ein personenrechtlicher Vertrag war, doch stets auch dienstvertragliche, schuldrechtliche Bestandteile, weil aus dem von ihm geschaffenen personenrechtlichen Bande ein dauerndes Schuldverhältnis mit gegenseitigen, auf vertragsmässiger Uebernahme durch angenommenes Versprechen beruhenden Verpflichtungen zu Dienstleistung und Vergütung, die im Einzelfall durch Vereinbarung näher bestimmt und begrenzt werden konnten, entsprang.[9]

„So erfüllte der Treudienstvertrag mit seiner wachsenden Verbreitung in steigendem Masse die Funktion eines entgeltlichen Arbeitsvertrages. Er war es, der die besoldete freie Arbeit[10] in das Rechtsleben einführte und nicht nur auf dem Gebiete der kriegerischen und höfischen Dienstleistungen, sondern auch für Dienstleistungen geringerer Art die einseitig auferlegte unfreie Arbeit zurückdrängte oder umgestaltete. Darum war er befähigt, in Anpassung

[8] Vergl. darüber Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 40; Brunner a. a. O. § 20, Die Anfänge des Lehnsstaates.

[9] Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 41 f; Hübner a. a. O. p. 543; Brunner a. a. O. § 11, Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsbildung und § 20, Die Anfänge des Lehnsstaates.

[10] Vergl. jedoch Sinzheimer a. a. O. p. 120.

an veränderte soziale und wirtschaftliche Zustände in einen schuldrechtlichen Dienstvertrag überzugehen. — Die Umwandlung des Treudienstvertrages in den Dienstvertrag war vollzogen, sobald den primären Inhalt des Vertrages das Versprechen von Dienstleistung und das Gegenversprechen von Vergütung bildete."[11]

Die ausserordentliche hohe Bedeutung des Treudienstvertrages für die Entwicklung des Dienst- und Arbeitsvertrages liegt darin, dass durch ihn personenrechtliche Elemente in das schuldrechtliche Dienstvertragsrecht Eingang fanden und einen wesentlichen Bestandteil der Dienst- und Arbeitsverhältnisse bildeten.

Die Unterhaltsgewährung von Seiten des Herrn an seine Vasallen bestand, da allmählich Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft wie bei der ursprünglichen und eigentlichen Gefolgschaft nicht mehr möglich war, gewöhnlich in der Verleihung eines Benefiziums. Es kam nämlich im Laufe der Zeit immer mehr in Uebung, den Vasallen ein Benefizium zu geben und für ein Benefizium Vasall zu werden. Daher stehen Benefizialwesen und Vasallität in engster Verbindung miteinander und ihr Produkt ist das Lehnwesen.[12]

Im Laufe des Mittelalters verschwand zwar der alte Treudienstvertrag durch seine Verschmelzung mit dem sachenrechtlichen Geschäft des Lehens.[13] Die oben dargelegten schuldrechtlichen Elemente des Treudienstvertrages entwickelten sich jedoch zu einem echten Schuldvertrag, indem die „personenrechtliche Ueber- und Unterordnung nicht mehr Grund, sondern Folge des Dienstverhältnisses wurde"[14] und ihr Mass durch die Art des Dienstverhältnisses bestimmt wurde ‹Gesindedienst, Amtsdienst, Söldnerdienst, Verträge mit Schiffs- und Bergleuten, Handlungsgehilfen, zwischen Handwerksmeistern und Gesellen›.

So vollzog sich der Uebergang des deutschrechtlichen und personenrechtlichen Dienst- und Arbeitsvertrages in einen schuldrechtlichen Vertrag über Dienst jeder Art und wenn auch allmählich die

[11] Vergleiche Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 594; Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 37—65.
[12] Vergl. darüber Brunner a. a. O. 20, Die Anfänge des Lehnsstaates.
[13] Vergl. Brunner a. a. O. § 24, Die Besitzverhältnisse und § 25, Das Ständewesen.
[14] Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 594.

Verpflichtung zur Dienstleistung und zur Lohnzahlung den Hauptinhalt des Vertrags bildete und das personenrechtliche Verhältnis etwas zurücktrat, so blieben doch nach wie vor der Herkunft entsprechend, infolge der zwischen Herrn und Diener bestehenden Ueber- und Unterordnung auch personenrechtliche Elemente und die gegenseitige Treuepflicht bestehen.

Diese Entwicklung des deutschrechtlichen Dienst- und Arbeitsvertrags in einen schuldrechtlichen Vertrag wurde unterstützt durch den Uebergang von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft, der sich seit dem 13. Jahrhundert in steigendem Masse vollzog. Das treibende Motiv im Wirtschaftsleben war allmählich nicht mehr so sehr das Streben nach Landbesitz und Herrschaft über abhängige Menschen, als vielmehr das Streben nach Geld, und so ging die Entwicklung in Verbindung mit dem allgemeinen wirtschaftlichen und kulturellen Aufschwung dahin, dass die Arbeits- und Dienstleistungen nicht mehr so sehr auf Grund von Abhängigkeitsverhältnissen, als vielmehr auf Grund von schuldrechtlichen Dienst- und Arbeitsverträgen gegen Entgelt erfolgten.

Als seit dem 11. Jahrhundert zahlreiche freie Bevölkerungselemente vom flachen Lande in die Städte abwanderten, wo sich infolge des Aufblühens von Handel und Gewerbe ein freier Handwerkerstand entwickelte[15]), und als die Gemeinfreien infolge Verarmung zur Annahme von Dienst- und Arbeitsleistungen gezwungen waren und so allmählich zur dienenden und arbeitenden Klasse herabsanken, ohne jedoch ihre Freiheit zu verlieren, kam der freie schuldrechtliche Dienst- und Arbeitsvertrag auf und bestand neben den bisherigen personen- und sachenrechtlichen Abhängigkeitsverhältnissen als Rechtsgrund von Dienst- und Arbeitsverhältnissen.

„Die älteste voll ausgeprägte Erscheinungsform des Dienstvertrages war der seit dem 13. Jahrhundert auftretende Gesindevertrag[16]). Der Gesindevertrag ist in ältester Zeit noch nicht vorgekommen. Solange die notwendigen wirtschaftlichen Verrichtungen teils von den Eigentümern und ihren Familienangehörigen in Eigenwirtschaft, teils von Leibeigenen und Hörigen, unfreien halbfreien oder auch freien Personen ausgeführt wurden, die sich entweder

[15]) Vergl. Brunner a. a. O. § 25, Das Ständewesen und § 41, Die Städte.
[16]) Vergl. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts p. 543 ff.

in die Muntgewalt eines Herrn und damit in ein persönliches Gewaltverhältnis begaben oder durch den Empfang einer Leihe in dingliche Abhängigkeit traten, spielte der Gesindedienstvertrag keine Rolle. Allmählich entwickelte sich aber daneben zuerst in den Städten, dann auch auf dem Lande ein freies Gesinde. Einerseits konnte man in den Städten ohne häusliche Dienstboten und gewerbliche Gehilfen vielfach nicht mehr auskommen, andererseits wurden auf dem Lande die Kinder von Untertanen als Knechte und Mägde gegen einen bescheidenen Lohn angestellt. Da nun das Gesinde auf Grund des Dienst- und Arbeitsvertrags zum Dienstherrn in ein Verhältnis trat, das nicht nur vertrags- und schuldrechtlichen, sondern dem Wesen des deutschrechtlichen Dienstvertrags entsprechend auch eine Art von familienrechtlichen Charakter trug, erschöpfte es sich auch nicht in der Leistung von Diensten einerseits und von Entgelt andererseits, sondern legte ausserdem dem Dienstherrn ein bestimmtes Mass von Fürsorgepflicht auf. Doch hatte der Gesindevertrag, der schon im Mittelalter als Schuldvertrag aufgefasst wurde, als wesentlichen Inhalt die Begründung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, kraft dessen der eine Teil Dienste, der andere Teil Lohn zu fordern hatte. Nach Ansicht von Potthoff[17] dagegen ist das Verhältnis beim Gesindevertrag noch umgekehrt und das personenrechtliche Element vorherrschend gewesen.

Mit der steigenden Unterdrückung des Bauernstandes verschlechterte sich jedoch seit Ausgang des Mittelalters die anfänglich günstigere Lage des Gesindes zunehmend, namentlich auf dem Lande. Im Osten entwickelte sich besonders auf den Rittergütern der Gesindezwangsdienst. Die Fürsorgepflicht trat zurück, und erst seit der Aufklärungszeit erfolgte eine allmähliche Wendung zum Besseren[18].

Nachdem sich zunächst der Gesindevertrag, der den hauptsächlichsten Arbeitsvertrag der auf Eigenwirtschaft eingestellten älteren Zeit bildete, entwickelt hatte, gewannen auch bald Verträge

[17] Vergl. Potthoff in „Arbeitsrecht", Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, IX. Jahrgang Heft 5 1922 p. 268; Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts p. 34.

[18] Vergl. Hübner a. a. O. p. 544 ff; Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 45; Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 595; Stoppe a. a. O. p. 269 ff.

mit gewerblichen Arbeitern, mit Handlungsgehilfen, Schiffern, Bergleuten und Söldnern grössere Bedeutung, jedoch überall unter Wahrung eines personenrechtlichen Verhältnisses der Ueber- und Unterordnung.

Neben dem Dienstvertrag entwickelte sich in den Städten als besonderer Typus namentlich der gewerbliche Arbeitsvertrag. Solange der Geselle und der gewerbliche Arbeiter in die Hausgemeinschaft des Meisters aufgenommen war, war der Vertrag mit ihm nur als eine Fortbildung des Gesindevertrags zu betrachten. Mit der Entwicklung der Wirtschaft schwand jedoch allmählich die Aufnahme und Zugehörigkeit des Gesellen und Arbeiters zur Hausgemeinschaft seines Arbeitgebers, und aus diesem Grunde verblassten auch die ursprünglich einen familienrechtlichen Einschlag zeigenden Elemente des alten gewerblichen Arbeitsvertrags. Doch blieben auch diesem Vertrag infolge des bestehenden Herrschaftsverhältnisses nach wie vor, der allgemeinen deutschen Entwicklung entsprechend, personenrechtliche Züge eigen[19]).

Beim gewerblichen Arbeitsvertrag des Mittelalters ist auch eine starke Beeinflussung durch öffentlich-rechtliche und genossenschaftliche Merkmale zu beobachten. Die Handwerker in den Städten, die ein gleiches Gewerbe ausübten, schlossen sich zu gewerblichen Genossenschaften, die als Aemter, Innungen, Zünfte oder Gilden bezeichnet wurden, zur Wahrung gemeinsamer Interessen zusammen. Diese Genossenschaften hatten u. a. Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt in Gewerbesachen, das Recht, den Genossen Steuern aufzuerlegen u.s.w. Sie erkämpften sich rechtliche Gleichstellung mit den Alt- oder Vollbürgern und erlangten bereits im 14. Jahrhundert die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Körperschaften und hatten als solche das Recht der Autonomie d. h. sie konnten innerhalb ihres Berufskreises durch Rechtssatzung zwingendes Recht für alle Berufsgenossen schaffen.[20])

Die Gestaltung des Inhalts der gewerblichen Arbeitsverträge wurden nunmehr vielfach dem Willen der Parteien des Einzelvertrags entzogen und durch autonome Satzungen der in den Zünften zusammengeschlossenen Meister festgesetzt, ohne dass die Gesellen

[19]) Vergl. dazu Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 47 f.
[20]) Vergl. dazu Brunner a. a. O. § 25, Das Ständewesen.

einen Einfluss darauf gehabt hätten. Es ergaben sich Misstände, indem die Meister über ihre eigene Zunft und Stadt hinaus sich zu Verbänden zusammenschlossen und Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen einseitig gegenüber den Gesellen festsetzten. Die Gesellen, denen infolge der grossen Anzahl der Gewerbebetriebe und infolge der Zunftordnungen aus Gründen der Konkurrenz und der Monopolisierung der Weg zur Selbständigkeit versperrt war, und die allmählich den 4. Stand, die Arbeiterklasse bildeten, erweiterten ihrerseits ihre ursprünglich zu gemeinsamer Religionsausübung und zu caritativen Zwecken errichteten „Bruderschaften" zu wirtschaftlichen Interessenvertretungen und schufen selbständige Gesellenverbände im Kampfe gegen die Meister.

So erlangten auch die Gesellenorganisationen die Stellung öffentlich-rechtlich anerkannter Körperschaften, wenn auch nicht in dem Masse wie die Meisterzünfte, und erkämpften sich eine gewisse Beeinflussung und Mitwirkung bei der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen.[21] Die Regelung der für den Einzelvertrag massgebenden Bedingungen durch Satzungen und durch die Verbände sicherte so dem Einzelnen mehr persönliche Freiheit und wirtschaftliche Unabhängigkeit.

Was den gewerblichen Lehrvertrag, der kein reiner Dienstvertrag war und ist, betrifft, so unterscheidet er sich von dem einfachen Dienstvertrag dadurch, dass bei ihm dem Dienstherrn oder Meister als Hauptverpflichtung die Ausbildung des Lehrlings auferlegt wird. Er hat bereits im mittelalterlichen Zunftrecht eine reiche Ausgestaltung erfahren.[22]

Als weitere gewerbliche Arbeitsverträge kamen die Verträge mit dem Schiffsvolk, mit Bergleuten und Handlungsgehilfen dazu, mit eigenartigem, jedoch stets personenrechtlichem Aufbau. Auch die im späteren Mittelalter ausgebildeten Verträge mit Söldnern über Kriegsdienstleistung, bei denen die Aehnlichkeit mit dem ursprünglichen Treudienstvertrag noch besonders auffallend war, sind Dienstverträge. Was endlich noch die zuerst von den Städten bei

[21] Vergl. darüber und über die weitere Entwicklung des Arbeitsverfassungsrechts Kaskel a. a. O. p. 269 ff und die dort angegebene Spezialliteratur.

[22] Vergl. Hübner a. a. O. p. 546, Kaskel a. a. O.

der Anstellung von besoldeten Beamten geschlossenen Verträge betrifft, so waren auch sie echte Dienstverträge, die zwar als Schuldverträge gefasst, aber auch ein personenrechtliches Treueverhältnis infolge der Eingliederung des Beamten in den städtischen Verwaltungsorganismus, erzeugten.[23])

Obwohl also die deutsch-rechtlichen Dienst- und Arbeitsverträge in ihrer reichen Verzweigung im Laufe der Zeit dem Grunde nach schuldrechtlicher Natur geworden waren, mit Ansprüchen auf die Dienst- und Arbeitsleistung für den einen Teil und auf den Lohn[24]) für den anderen Teil, sind ihnen daneben dennoch mehr oder minder starke, ursprünglich sogar familienrechtliche, Elemente eigen. Ursprünglich war das Dienst- und Arbeitsverhältnis ein Gewalt- und Herrschaftsverhältnis schon aus dem Grunde, weil der Dienst- und Arbeitsverpflichtete in die Hausgemeinschaft des Dienst- und Arbeitsherrn aufgenommen und somit der Gewalt des Hausherrn unterworfen war. Dies war nicht nur beim Gesinde, sondern häufig auch bei gewerblichen und kaufmännischen Arbeitern (Gesellen, Lehrlingen) der Fall. Aber auch später, als allmählich die Aufnahme in die Hausgemeinschaft meist weggefallen war und als der Begriff des Dienstvertrags auf entgeltliche Arbeitsverträge erstreckt wurde, die eine ständige Einordnung des Arbeiters in den häuslichen, gewerblichen oder sonstigen Verband nicht herbeiführten, blieb für ihn wesentlich, dass mindestens vorübergehend die Vertragsteile zueinander in ein Verhältnis persönlicher Ueber- und Unterordnung, in das Verhältnis von Herr und Diener traten z. B. beim Dingen um Tagelohn oder bei der Uebertragung bestimmter, in fremdem Hause unter Leitung des Hausherrn auszuführenden Handwerksarbeiten.[25])

Da der deutschrechtliche Dienst- und Arbeitsvertrag durch die Worte „Herr und Diener" charakterisiert ist, beherrschte ihn auch

[23]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 596; Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 48; Potthoff, in „Arbeitsrecht" Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten IX. Jahrgang Heft 5 1922 p. 271 f; XII. Jahrgang Heft 4 1925 p. 245; Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts p. 35 f und p. 42 ff.

[24]) Vergl. jedoch Molitor a. a. O. p. 379, der den Lohn nach der Auffassung des deutschen Mittelalters weniger als Entgelt für die Arbeit, als vielmehr als Versorgung des Arbeitnehmers ansieht.

[25]) Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 596 und Wurzeln des Dienstvertrags p. 48.

nicht das Prinzip der Vertragsfreiheit wie im römischen Recht, wo die Dienstmiete ein rein schuldrechtlicher Vertrag war, sondern das Schwergewicht bei der Regelung der Arbeitsbedingungen lag auf Seiten des Dienst- und Arbeitsherrn, war jedoch verschieden je nach den personenrechtlichen Bestandteilen der einzelnen Erscheinungsformen des Dienst- und Arbeitsvertrags. Der Dienst- und Arbeitsverpflichtete hatte die Gehorsamspflicht als Mitglied des Hauswesens oder des Betriebes seines Herrn. Den Dienst- u. Arbeitsherrn traf als Folge seiner herrschaftlichen Rechte eine weitgehende Fürsorgepflicht für die Person des Dienst- und Arbeitsverpflichteten (z. B. bei Krankheit und Hilfsbedürftigkeit), die aber auch wieder je nach dem einzelnen Vertrag verschieden war.

Weil mit dem Dienst- und Arbeitsverhältnis zugleich auch ein persönliches Treueverhältnis verknüpft war, erschien die Arbeit im Dienste eines Herrn nach der deutschen Lebens- und Rechtsauffassung im Gegensatz zur römischen als des freien Mannes würdig. Auch der Treudienstvertrag verhalf dem Gedanken zum Sieg, dass auch der höchste Kriegs-, Hof- oder Amtsdienst durch Entlohnung nichts an seiner Ehre einbüsse. Im Anschluss daran umfasste auch der mittelalterliche Dienstvertrag andere höhere Berufsarbeiten gegen Lohn, wie überhaupt der Dienstvertrag sich auf Dienste jeder Art, auch auf die operae liberales im Sinne des römischen Rechts bezog. Infolge dieser Entwicklung war die geringe soziale Einschränkung freier Dienst- und Arbeitsleistungen und die Unterscheidung zwischen höheren und niederen Diensten, wie sie dem römischen Recht eigen waren, dem deutschen Recht fremd. Auch die geringere Arbeit wurde im deutschen Recht höher eingeschätzt als im römischen und was die gewerbliche Handarbeit anlangt, so waren es namentlich die Zünfte, die ihr Ehre und Ansehen erkämpften.

Aus dem Gedanken heraus, dass der Arbeiter, der sich verdingt, dadurch nicht zum Ding wird, sondern dass er Träger eines Persönlichkeitsrechts ist und bleibt, und nicht Vermögenswerte und Sachleistungen oder diesen beiden Aehnliches, sondern sich selbst leistet, und nicht so sehr einzelne Leistungen verspricht, als vielmehr dem Arbeitsherrn die Verfügung über seine Arbeitskraft einräumt, dass also die Person als solche in das Rechtsgeschäft eintritt,

aus diesen Gedanken heraus kennt der deutschrechtliche Dienst- u. Arbeitsvertrag eine innere Verwandtschaft mit der Sachmiete nicht und daraus ergibt sich die wesentlich andere Auffassung des deutschen Rechts gegenüber dem römischen Recht.

Dazu kamen die Auswirkungen der Lehren des Christentums das die Arbeit zur religiösen Pflicht machte. Dieser Gedanke durchdrang das ganze Geistes- und Gefühls-, Volks- und Wirtschaftsleben. Religion und Arbeit standen in engster Verbindung miteinander. Innungen und Zünfte der Meister und Gesellen hatten wirtschaftlichen und religiösen Charakter, waren jedoch vielfach aus ursprünglich religiösen Zwecken dienenden Bruderschaften hervorgewachsen, indem die einzelnen Gewerbe sich Schutzheilige zu Patronen erwählten. Sowohl körperliche als geistige Arbeit sollten gleichsam ein Teil des Gottesdienstes sein. Im Gegensatz zum römischen Recht trat die Ueberschätzung der geistigen Arbeit im Vergleich zur körperlichen zurück und die mittelalterliche christliche Philosophie führte beide zusammen. Christliche und deutsche Gedanken haben zusammengewirkt und die Arbeit geadelt, dass nämlich die Arbeit ehrenvoll, aber auch ihres Lohnes wert sei.[26])

Die deutschrechtlichen Ideen konnten aber zunächst nicht zum vollen Durchbruch gelangen. Mit dem Eindringen des römischen Rechts in Deutschland wurde in Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis die römische Auffassung vom Dienstvertrag als Dienstmiete übernommen und nach dem römischen Vorbild der Dienst- und Arbeitsvertrag unter den Begriff „Miete"[27]) gebracht.

Wie oben bereits dargelegt wurde, war die locatio conductio operarum aus der als Sachmiete aufgefassten Sklavenmiete entstanden, deshalb mit der Sachmiete auch weiterhin verbunden und auf sogenannte operae illiberales, wie sie von Unfreien geleistet zu werden pflegten, beschränkt geblieben, während höhere, des freien Mannes würdige Tätigkeit nicht den Gegenstand einer Miete bilden konnte. Ursprünglich hatten es die Römer als unanständig empfunden, sich für freie geistige Arbeit bezahlen zu lassen und

[26]) Vergleiche Janssen, Geschichte des deutschen Volkes, insbesondere p. 306 ff, 313 ff und 339 ff.

[27]) Vergleiche Dernburg, Pandekten II p. 295: „Der Arbeiter hat seine Dienste persönlich zu leisten, denn sie sind gemietet".

wenn später zwar auch die Honorierung solcher Arbeit üblich geworden war, so konnte sie doch nicht mit rechtlich verpflichtender Wirkung vereinbart werden. Im gemeinen Recht konnte sich aber diese Anschauung nicht durchsetzen, vielmehr wurden die operae liberales in die klagbaren Verpflichtungen einbezogen. Allein der entgeltliche Dienstvertrag im Gebiete der höheren Berufsarten wurde dem Begriff der Dienstmiete nicht unterstellt[28], sondern neben die gemeinrechtliche Dienstmiete musste nun im Gebiete der höheren Berufsarten ein eigener Honorar-, Freidienst- oder Anstellungsvertrag gesetzt werden[29].

Das gemeine Recht bewegte sich rückwärts und kam auf Formen des Altertums zurück, indem es den Dienst- und Arbeitsvertrag als Dienstmiete den Grundsätzen der Sachmiete unterordnete und damit gleichsam den freien Mann, der seine Arbeitskraft um Lohn verdingte, in gewissem Sinn auf eine Stufe mit dem von seinem Herrn gegen Entgelt vermieteten Sklaven oder Haustier stellte[30].

[28] Vergl. Dernburg, Pandekten II p. 295: „Die Dienstmiete hat es nur mit solchen Arbeiten zu tun, die nach Anordnung und Geheiss des Arbeitgebers zu geschehen haben", wenn es sich auch nicht um blosse Handarbeit, sogen. illiberale Dienste handeln musste. Vergl. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Auflage, Band II § 404 auf p. 718 f: „Ebenso spricht man nicht von Mietvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Tätigkeit besteht. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln wie für den Mietvertrag". Siehe auch Brinz a. a. O. II p. 762.

[29] Vergleiche Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 4. Auflage, Band II § 334; Dernburg, Pandekten II § 115, der das Versprechen von Diensten höherer Art zum Mandat, das unvereinbar mit Lohn ist, rechnet und ihr Honorar nicht Bezahlung, sondern Anerkennung und Ehrensold nennt, die auf Grund von Vereinbarungen oder nach dem Gesetz oder nach Verkehrsübung geschuldet werden. Vergl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen 18 173 ff, wo zwar auch auf die höheren Dienste die Regeln der locatio conductio operarum für anwendbar erachtet werden, jedoch sonst keine Gleichstellung ausgesprochen ist.

[30] Vergl. Dernburg, Pandekten II p. 295: „Die Vermietung unserer Dienste auf Zeit gegen Geld ist Dienstmiete — locatio conductio operarum. Sie ist nach Analogie der Sachenmiete zu behandeln, soweit ihre besondere Natur nicht entgegensteht". Vergl. auch Seuffert, Praktisches Pandektenrecht II p. 234 ff; Puchta, Pandekten 3. Auflage, § 365 auf p. 503: „Locatio conductio ist die Uebereinkunft, wodurch gegen das Versprechen eines Preises (merces, pensio, pretium) der Gebrauch eines Gegenstands versprochen wird . . . . Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte sein (locatio conductio rerum), oder Kräfte und diese entweder unmittelbar, so dass zu leistende Dienste der Gegenstand

Noch die Pandektenlehrbücher von Windscheid und Dernberg enthalten den Dienst- und Arbeitsvertrag im Abschnitt über die Miete[31]). Das gemeine Recht setzte sich auch insofern in Widerspruch mit dem deutschen Recht, als es einerseits die sogenannte niedere Arbeit durch Unterordnung unter dem Oberbegriff „Miete" herabwürdigte, während es andererseits die höhere Arbeit der gleichen Behandlung entzog[32]).

Der römische und gemeinrechtliche Begriff der Dienstmiete ist unvereinbar mit der deutschrechtlichen und christlichen Auffassung vom Wesen der Arbeit, dass nämlich die Arbeit nicht ein der Gebrauchsüberlassung fähiges Sachgut ist, sondern eine Betätigung der freien Persönlichkeit und dass jede Arbeit ehrenvoll, jede aber auch ihres Lohnes wert ist.

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland führte jedoch zu keiner grossen und namentlich zu keiner dauernden Aenderung der rechtlichen Gestaltung des deutschen Dienst- und Arbeitsvertragsrechts. Der Dienst- und Arbeitsvertrag, der in steigendem Masse die Grundlage für die Lebensstellung weiter Volkskreise wurde, hielt sich im deutschrechtlichen Sinne namentlich bezüglich seiner Sonderarten in den Sonderrechten und konnte dem römischen Recht der Dienstmiete nicht erliegen[33]).

sind (l. c. operarum) oder mittelbar, sodass die dadurch hervorzubringende Wirkung . . . . . Gegenstand ist (l. c. operis)" und auf p. 507: „Für die locatio conductio operarum gelten, soweit der Gegenstand überall ihre Anwendung zulässt, die Grundsätze der l. c. rerum."

[31]) Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts §§ 399—402, der noch in der 8. Auflage die „Miete" hinsichtlich „Begriff und Abschluss" in § 399 einheitlich bespricht und nur hinsichtlich der „Verpflichtungen" die Trennung von „Sachmiete" § 400 und „Dienstmiete" § 401 durchführt; vergl. Dernburg, Pandekten II p. 287 ff, der unter dem Oberbegriff „Die Mietverträge" als Arten in § 111 „Die Sachenmiete", in § 112 „Die Dienstmiete" und in § 113 „Locatio conductio operis" behandelt. Siehe auch Puchta, Pandekten 3. Auflage, der auf p. 503 ff Pacht und Miete einheitlich abhandelt; Seuffert, Praktisches Pandektenrecht 4. Auflage II p. 223 ff, der ebenfalls die „Dienstmiete" unter dem Abschnitt „Vom Miet- und Pachtvertrage" darstellt. Vergl. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II § 399 p. 670 f: „Die Miete ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermieter sagt dem Mieter den Gebrauch einer Sache, oder den Gebrauch einer (regelmässig seiner) Arbeitskraft zu, der Mieter verspricht dafür dem Vermieter Geld . . . . . Die Miete, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heisst Sachmiete; die Miete, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heisst „Dienstmiete".

[32]) Vgl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 55; Kaskel a. a. O. p. 86.

[33]) Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 50.

Das nationale Recht wurde zwar in den Rahmen des römischen Rechts gepresst, trotzdem aber nicht viel geändert, weil die deutschen Ideen vor allem in dem für einzelne Arten von Dienst- und Arbeitsverträgen in Geltung bleibenden und partikularrechtlich fortgebildeten, ungemein zersplitterten Sonderrechten und in unzähligen Zunft- und Gesindeordnungen usw., die aus polizeilichen Gründen fortwährend ergänzt und erweitert wurden und dem gemeinen römischen Recht vorgingen, ihre Lebenskraft bewiesen. Das gemeine Recht galt nur ergänzend. In den Sonderrechten aber lebte die deutsch-rechtliche Auffassung weiter und zwar nicht so sehr hinsichtlich der allgemeinen Regelung des Dienstvertrags, als vielmehr hinsichtlich gewisser Sonderarten derselben, z. B. Gesindevertrag, gewerblicher Arbeitsvertrag, Vertrag mit kaufmännischen Angestellten, mit Schiffern, Bergleuten usw. Hier bewahrte der Dienstvertrag das alte personenrechtliche Gepräge[34]).

Das einheimische Recht bewies seine Lebenskraft namentlich bei dem mit Aufnahme in die Hausgemeinschaft verbundenen Gesindevertrag, für den bei dem Mangel an unmittelbar verwendbaren römischen Bestimmungen auch später die alten Rechtsgrundsätze bestehen blieben, die in zahlreichen polizeilichen Einzelvorschriften und umfassenden Gesindeordnungen fortgebildet wurden; dagegen war es im römischen Recht infolge der ausgedehnten Sklavenwirtschaft und auch des Haussklaventums zu einer Ausbildung einzelner Arbeitsvertragsformen und namentlich zu einer Entwicklung eines Gesinderechts nicht gekommen. Das deutsche Recht hielt sich auch im gewerblichen Arbeitsvertrag[35]). Auch im Bergrecht und im Seerecht lebte die deutschrechtliche Auffassung weiter und kam später in den grossen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck, in denen die Verbindung mit der römisch-rechtlichen Miete aufgegegeben und ein Gattungsbegriff des entgeltlichen Arbeitsvertrags eingeführt wurde[36]).

Im preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794 ist der Begriff der Dienstmiete bereits beseitigt, die schöpferische Kraft der Arbeit anerkannt und der Dienst- und Arbeitsvertrag erscheint in

[34]) Vergl. Hübner, a. a. O. p. 544.
[35]) Vgl. darüber Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 598 ff; Stobbe a. a. O. p. 270.
[36]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht III p. 597; Kaskel a. a. O. p. 86.

I, 11 §§ 869 ff und 894 ff unter den „Verträgen über Handlungen". Das Allgemeine Landrecht sucht also nach einem einheitlichen Gattungsbegriff des entgeltlichen Arbeitsvertrags unter vollständiger Trennung von der Miete. Wenn aber auch das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten den Dienst- und Arbeitsvertrag nicht mehr dem Begriff „Miete" eingliedert, so hat es sich doch noch nicht völlig von dem römisch- und gemeinrechtlichen Ausdruck „Miete" freimachen können; denn I, 11 § 894 spricht neben Verträgen mit gedungenen gemeinen Handarbeitern und Tagelöhnern auch von Verträgen zwischen Herrschaften und „gemiethetem Gesinde", bestimmt aber im nämlichen Paragraphen, dass diese Verträge unter die Klasse von Verträgen über Handlungen gehören. Lediglich in Teil I Titel 21 ist im III. Abschnitt „Von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen" in § 398 auch „vom Miethen des Gesindes" die Rede im Anschluss an den Miet- und Pachtvertrag. Dieser § 398 bestimmt lediglich: „Von Miethungen des Gesindes und der Arbeiter, ingleichen von verdungenen Werken, ist gehörigen Orts das Nöthige festgesetzt. ⟨Th. I. Tit. XI § 895–980. Th. II. Tit. V⟩". Der Gesetzgeber hat wohl befürchtet, dass von dem einen oder anderen die Vorschriften über Gesinde und Arbeiter gemäss der herkömmlichen gemeinrechtlichen Auffassung unter dem Abschnitt über Miete gesucht werden könnten und er hat deshalb in diesem Paragraphen darauf aufmerksam gemacht, dass diese Verträge nicht mehr hierher passen und deshalb an den gehörigen Ort verwiesen.

In Teil II Titel V „Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes" finden sich zwar noch öfters Begriffe wie „Miethcontrakt", „Miethgeld", „Vermiethung", „Miethe", „Miethzeit", „Miethvertrag", „miethen", „vermiethen"; doch hängt dies mit der besonderen niederen Stellung des Gesindes zusammen und aus den §§ 70 ff, 82 ff dieses Teils und Titels ergibt sich die besondere gegenseitige Treue- und Fürsorgepflicht und damit trotz der äusseren Bezeichnung die innere Verwandtschaft nicht mit der römisch-rechtlichen Dienstmiete, sondern vielmehr mit dem deutschrechtlichen Treudienstvertrag[37]:

[37] Vergleiche z. B. II, 5 § 70: „Auch ausser seinen Diensten ist das Gesinde schuldig, der Herrschaft Bestes zu befördern, Schaden und Nachtheil aber,

Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten wendet sich nach wenigen „allgemeinen Grundsätzen" §§ 869 ff der deutschrechtlichen Entwicklung entsprechend zur Regelung einzelner Sonderformen, so Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde § 897, Verträge mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern §§ 895 ff, Verträge mit Handwerkern und Künstlern §§ 920 ff. Jedoch erscheint als sonderbar die Bestimmung in I, 2 § 2: „Auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechts ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen".

Das „Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie" von 1811 behandelt den Dienstvertrag im Abschnitt von den „Entgeldlichen Verträgen über Dienstleistungen" unter Zusammenfassung von Dienstvertrag und Werkvertrag als „Lohnvertrag". § 1151 bestimmt: „ Wenn jemand sich zur Dienstleistung, oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn im Gelde, verpflichtet, so entsteht ein Lohnvertrag". Auch dieses Gesetz folgt also unter Abkehrung von der Miete einer mehr deutschrechtlichen Auffassung des Dienst- und Arbeitsvertrages. Jedoch blieben ebenso wie im preussischen Recht manche Arbeitsverträge sonderrechtlich geregelt: so sind nach § 1172 die Rechte und Pflichten zwischen den Dienstherren und dem Dienstgesinde in den besonderen darüber bestehenden Vorschriften enthalten Auch hier mutet sonderbar die Bestimmung an, dass Dienst- und Arbeitsleistungen zu den schätzbaren Sachen gehören, denn nach § 303 sind schätzbare Sachen diejenigen,

soviel an ihm ist, abzuwenden." — § 76: „Die Befehle der Herrschaft, und ihre Verweise, muss das Gesinde mit Ehrerbietung und Bescheidenheit annehmen". — § 84: „Die Herrschaft muss dem Gesinde die nöthige Zeit zur Abwartung des öffentlichen Gottesdienstes lassen, und dasselbe dazu fleissig anhalten". — § 85: „Sie muss ihm nicht mehrere noch schwerere Dienste zumuthen, als das Gesinde, nach seiner Leibesbeschaffenheit und Kräften, ohne Verlust seiner Gesundheit bestreiten kann". — § 86: „Zieht ein Dienstbote sich durch den Dienst, oder bey Gelegenheit desselben, eine Krankheit zu: so ist die Herrschaft schuldig, für seine Cur und Verpflegung zu sorgen". — § 87: „Dafür darf dem Gesinde an seinem Lohne nichts abgezogen werden". — § 94: „Unter den Umständen, wo ein Machtgeber einen dem Bevollmächtigten bey Ausrichtung des Geschäftes durch Zufall zugestossenen Schaden vergüten muss, ist auch die Herrschaft schuldig, für das in ihrem Dienste, oder bey Gelegenheit desselben, zu Schaden gekommene Gesinde, auch über die Dienstzeit hinaus zu sorgen. (Th. I Tit. XIII § 80. 81).

„deren Werth durch Vergleichung mit andern zum Verkehre bestimmt werden kann, darunter gehören auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten.

„Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" von 1863 schliesslich kennt den Dienstvertrag als selbständigen Vertrag unter der Bezeichnung „Dienstvertrag". § 1229 bestimmt: „Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen zu Diensten gegen eine Gegenleistung" und § 1230 fährt im Gegensatz zu der römisch-rechtlichen Unterscheidung und verschiedenartigen rechtlichen Eingliederung der operae liberales und illiberales fort: „Die Dienste können in körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche eine besondere Sachkenntnis, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern". Doch fehlen noch besondere soziale Schutzbestimmungen[38]).

Die ganze Entwicklung hat Gierke[39]) mit den treffenden Worten zusammengefasst und gekennzeichnet: „So schöpften denn die deutschen Gesetzbücher, als sie mit dem römischen Begriff brachen, ihren selbständigen Begriff des Dienstvertrages aus dem deutschen Rechtsleben, das in geschichtlicher Kontinuität die einheimischen Rechtsgedanken gewahrt und weiter ausgebildet hatte . . . . . Die Herkunft des Dienstvertrages aus dem Treudienstvertrage adelte die Lohnarbeit und erhob schliesslich auch die unfreie Arbeit in die Sphäre der Freiheit . . . . . Das Vorbild des Treudienstverhältnisses hielt die Anschauung, dass die Arbeit untrennbarer Ausfluss der Persönlichkeit sei, auch für verdungene Arbeit lebendig und trieb dazu, den Dienstvertrag mit personenrechtlichem Inhalt zu erfüllen und so als eigenartigen Schuldvertrag über die rein vermögensrechtlichen Geschäfte emporzuheben . . . . . Der Dienstvertrag übernahm vom Treudienstvertrage die sozialrechtliche Funktion eines Bausteines der gesellschaftlichen Ordnung und blieb, soweit er die einzelnen einem höheren Verbande eingliedert, darauf angelegt, die Ergänzung und Berichtigung des für ihn geltenden Individualrechtes in überwölbenden Normen des öffentlichen und privaten Gemeinschaftsrechts zu suchen".

[38]) Vergl. Kaskel a. a. O. p. 86; Hueck-Nipperdey a. a. O. I p. 112; Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags p. 37 f; Molitor, Zur Geschichte des Arbeitsvertrags a. a. O. p. 386 ff; Dankwardt in Iherings Jahrbuch Band 14.

[39]) Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 52 und p. 68.

C. Schluss.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellte den Dienstvertrag nicht mehr unter den Begriff der Dienstmiete, sondern regelte ihn, namentlich auch unter dem Einfluss Gierkes, selbständig und zwar unter Zugrundelegung der deutsch-rechtlichen Auffassung des Dienstvertrages und seiner personenrechtlichen und sozialen Bedeutung. Der erste, hinsichtlich des Dienstvertrages unzulängliche Entwurf des BGB. enthielt lediglich 8 Paragraphen darüber in einem Titel, wenn auch unter verschiedenen Ziffern mit dem Werkvertrag, jedoch unter Vermeidung des Ausdruckes „Dienstmiete" [1], und wurde namentlich auf Grund der Kritik Gierkes[2] im Sinne einer mehr deutschrechtlichen und sozialen Auffassung abgeändert[3].

Im fertigen BGB. kam klar zum Ausdruck, dass es sich beim Dienstvertrag nicht um eine Analogie zur Sachmiete handelt, sondern um einen Vertrag, dessen Kernpunkt der Begriff der Persönlichkeit ist. Wenn auch die Arbeitskraft nicht auf Grund eines personenrechtlichen Unterordnungsverhältnisses des Dienstverpflichteten zum Dienstberechtigten geschuldet ist, sondern auf Grund einer schuldrechtlichen Obligation auf Leistung von Diensten, so hat doch nach BGB. der Dienstverpflichtete, der seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, andere Rechte und Pflichten als der Vermieter einer Sache.

Der deutschrechtliche, personenrechtliche Schutzgedanke für den gewöhnlich wirtschaftlich schwächeren Dienstverpflichteten tritt schon im Dienstvertragsrecht des BGB., insbesondere in den mit zwingender Kraft ausgestatten §§ 617, 618, 619, 624, 629, 630 zu Tage, wenn auch dieser Umstand beim unabhängigen Dienstvertrag keine solche Bedeutung hat, wie beim abhängigen Arbeitsvertrag, weil der unabhängige Dienstverpflichtete in der Regel aus eigener

[1] Vergl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission Berlin 1888: Siebenter Titel, Dienstvertrag und Werkvertrag. I. Dienstvertrag §§ 559–566, II. Werkvertrag §§ 567–579.

[2] Vergl. Gierke, der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht.

[3] Vgl. über die Abgrenzung von der Miete und vom sogenannten Gebrauchsüberlassungsvertrag die Ausführungen bei Lotmar a. a. O. I. p. 47 ff.

Kraft heraus günstigere Vertragsbedingungen erreichen kann, als der abhängige Arbeitnehmer. Deshalb und wegen seiner grösseren Häufigkeit und Dringlichkeit hat auch der deutschrechtliche soziale Schutzgedanke, wie weiter unten noch dargelegt werden wird, für den abhängigen Arbeitsvertrag durch die arbeitsrechtliche Gesetzgebung eine noch weitaus grössere Bedeutung erlangt.

Dagegen hatten im I. Entwurf Vorschriften über Erkrankung des Dienstpflichtigen, über Haftung für Einrichtungen, über die Unwirksamkeit des Ausschlusses der Fürsorgepflicht, über Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses, auf Zeugniserteilung gefehlt. Vergl. auch die Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band II p. 276 ff, namentlich auch p. 284 ff, 289 ff; ferner den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, II. Lesung, nach den Beschlüssen der Redaktionskommission Berlin 1895 §§ 551 bis 568; Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1896: §§ 604–620; Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches nebst 3 Anlagen Berlin 1896: p. 79 ff.; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bundesratsvorlagen, auf amtliche Veranlassung Berlin 1898: §§ 603–620; Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896: p. 74 ff; Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstag, stenographische Berichte Berlin 1896: p. 316 ff.

Das BGB. vermeidet auch streng den der römisch-rechtlichen Bezeichnung locatio conductio entsprechenden Ausdruck „Dienstmiete" aus der deutschrechtlichen Auffassung heraus, dass Gegenstand des Vertrages nicht die Person des Dienstpflichtigen wie eine gemietete Sache sein soll und dass der Dienstpflichtige nicht etwa seine Person oder seine Arbeitskraft vermiete[4]), sondern dass der

[4]) Vergl. jedoch die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II Recht der Schuldverhältnisse, amtliche Ausgabe, II. unveränderte Auflage Berlin 1896: § 559 auf p. 455: „Die den Abschnitt über den Dienstvertrag einleitende, den wesentlichen Inhalt dieses Vertrages angebende Bestimmung des Absatz I, Satz 1, schliesst sich in der Fassung der für die Miete getroffenen Bestimmung des § 503 an. Diese Anlehnung an den Mietvertrag empfiehlt sich im Hinblicke auf die nahe Verwandtschaft beider Verträge".

Dienstverpflichtete als freie Persönlichkeit nur zu den freien Dienstleistungen verpflichtet ist, die durch den gegenseitigen Vertrag nach den Weisungen des Dienstberechtigten vereinbart wurden und nach Treu und Glauben geboten sind. Aus den gegenseitigen persönlichen Beziehungen ergibt sich eine gewisse Treuepflicht des Dienstverpflichteten einerseits und eine besondere Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten andererseits.[5])

Der Unterschied zwischen Dienstverträgen, die auf operae liberales und solchen, die auf operae illiberales gerichtet sind, ist beseitigt und alle Arten von Dienstleistungen, seien es wissenschaftliche oder handwerksmässige, unterliegen grundsätzlich der gleichen rechtlichen Regelung. Gegenstand des Dienstvertrages können nach § 611 Absatz II BGB. Dienst jeder Art sein.[6])

---

[5]) Ueber die Gesetzgebung, soweit sie das Dienstvertragsrecht betrifft, vergl. Staudinger, Vorbemerkung III, 1—11 zu „Dienstvertrag".

[6]) Vergl. die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Band II, Recht der Schuldverhältnisse, amtliche Ausgabe, 2. unveränderte Auflage, Berlin 1896: § 559 p. 455 ff, wo auf p. 456 mit Bezug auf diese Frage ausgeführt ist: „In neuerer Zeit scheint übrigens sowohl in Theorie als Praxis die Ansicht an Boden zu gewinnen, dass im Hinblicke auf die heutigen sozialen Anschauungen jene Unterscheidung des römischen Rechtes keine Beachtung mehr verdiene, vielmehr gemeinrechtlich auch solche Verträge, welche die entgeltliche Leistung von operae liberales zum Gegenstand haben, nach denselben Regeln wie die locatio conductio operarum zu beurteilen seien ⟨Entsch. d. R. G. in Civils. XVIII 36 p. 174 ff⟩. Dies ist nach dem Vorgange der meisten neueren Gesetzgebungswerke auch der Standpunkt des Entwurfes . . . . . In der Fassung weicht jedoch der Entwurf von den neueren Gesetzgebungswerken darin ab, dass er es vermeidet, auch nur in formeller Beziehung zwischen den operae liberales und illiberales zu unterscheiden. Eine solche auch nur formelle Unterscheidung muss als der modernen Rechtsauffassung entschieden widerstreitend schlechthin abgelehnt werden. Andererseits ist es wegen des gemeinen Rechtes und der in der gemeinrechtlichen Doktrin bestehenden Streitfragen bedenklich, sich in der hier fraglichen Beziehung jeder ausdrücklichen Vorschrift zu enthalten". Vergleiche auch Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Berlin 1896 p. 79: „Die Vorschriften des Entwurfes über den Dienstvertrag ⟨§§ 604—620⟩ gelten für alle Verträge, durch die sich der eine Teil zur Leistung von Diensten, der andere zur Gewährung einer Vergütung verpflichtet, soweit solche Verträge nicht durch besondere, neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleibende Reichs- oder Landesgesetze geregelt sind. Für die Anwendbarkeit der Vorschriften des Entwurfes ist es unerheblich, welcher Art die zugesagten Dienste sind ⟨§ 604 Absatz II⟩. Die Unterscheidungen, welche das römische Recht in dieser Hinsicht aufstellte, haben für die heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse keine Bedeutung mehr". Vergl. auch den Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes neben einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896 p. 74 ff.

Das BGB. kennt einen allgemeinen Begriff des Arbeitsvertrags überhaupt nicht, die Regelung der wichtigeren Arbeitsvertragsformen erfolgte vielmehr in verschiedenen Reichsgesetzen, z. B. Gewerbeordnung, Handelsgesetzbuch, Seemannsordnung und in zahlreichen Landesgesetzen, z. B. Berggesetze, Gesindeordnungen.[7])

Im 19. Jahrhundert war zwar mit der Abkehr von der polizeistaatlichen Regelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse, — die ihrerseits entsprungen war aus dem staatlichen Beaufsichtigungs- und Bevormundungssystem der Wirtschaft und der Unterdrückung der Freiheit des Individuums durch den Merkantilismus —, und mit der Einführung der Gewerbefreiheit eine individualistische Tendenz auch auf sonderrechtlichen Gebieten vorgedrungen. Die Entwicklung führte zum reinen Schuldverhältnisse. Diese grundlegende Aenderung der bisherigen Rechtsgestaltung wurzelte einerseits in der mit der französischen Revolution einsetzenden wirtschaftlichen und staatlichen Umwälzung (Gleich- und Freiheitsgedanke!) und in den neuen volkswirtschaftlichen Theorien der Physiokraten, Adam Smiths und in der Naturrechtslehre.[8])

Infolge der Entwicklung der ganzen Wirtschaft wurde die Arbeit als Hauptfaktor der Wertbildung immer mehr anerkannt und wissenschaftlich, wenn auch mit den verschiedensten und sich widersprechendsten Ansichten behandelt.

Die Forderungen der Zeit gingen nach Aufhebung aller rechtlichen und polizeilichen Beschränkungen der Freiheit, nach Beseitigung der bestehenden Gewaltverhältnisse durch den Staat und nach Schutz des Einzelnen in der freien Verfügung über seine Arbeitskraft, da Willensfreiheit und Arbeitskraft unveräusserliche und von der Natur selbst gegebene Rechte eines jeden Menschen seien. Da nur dann volle Entfaltung der Arbeitskraft, grösstmöglichste Gütererzeugung und eine Harmonie der Wirtschaft möglich sei, forderte auch die Volkswirtschaft Beseitigung der bestehenden Gewaltverhältnisse und der Beschränkungen der Freiheit des Individuums und Schutz des Einzelnen durch den Staat in der freien Verfügung über seine Arbeitskraft. Diese Lehren waren auch vom Einfluss auf die deutsche

[7]) Vergl. darüber Hueck-Nipperdey I p. 13.
[8]) Vergl. Schott, Der Mensch und die Arbeit im Recht der Zeiten.

Gesetzgebung und der Gedanke der Vertragsfreiheit fand Eingang in die Rechtsnormen über die Arbeit.

Es wurden alle, die freie wirtschaftliche Verwendung der Arbeitskraft ausschliessenden Abhängigkeitsverhältnisse und öffentlich-rechtlichen Schranken beseitigt, Leibeigenschaft, Hörigkeit, Erbuntertänigkeit und die auf Grund und Boden ruhenden Feudallasten aufgehoben und die Parteien der Rechtsgeschäfte als gleichberechtigt angesehen. Durch Einführung der Gewerbefreiheit wurde das Gewerbe von den alten Zunftfesseln befreit, die Berufsverbände zur Regelung der Arbeitsverhältnisse aufgehoben und diese der freien Vereinbarung der Parteien überlassen. Die bisherigen Unterschiede der rechtlichen Stellung der Stände wurden ausgeglichen. Die Dienst- und Arbeitsverhältnisse wurden mehr und mehr auf den freien Dienst- und Arbeitsvertrag eingestellt und die bisherigen Gewaltverhältnisse durch ein mehr oder minder reines Vertragsverhältnis abgelöst. Es sollte den freien Menschen anheimgestellt sein, wie sie die Verträge über die Verwendung ihrer Arbeitskraft gestalten wollten. So fielen allmählich seit Anfang des 19. Jahrhunderts in Deutschland die Schranken, welche die persönliche und wirtschaftliche Freiheit einengten oder gar ausschlossen und es drang eine romanistische Grundauffassung vor, die in dem Dienstvertrage lediglich einen auf Austausch von Arbeit und Lohn gerichteten Schuldvertrag erblickt[9]). Man überlies den Arbeitsvertrag der freien Einzelvereinbarung und suchte ihn zugleich einem reinen Schuldvertrag anzunähern. Die individualistische Strömung verwischte also zeitweise das alte personenrechtliche Gepräge des Dienst- und Arbeitsvertrages.

Infolge der Entwicklung der Wirtschaft[10]), namentlich seit 1870, insbesondere der Entstehung des Grossbetriebes, infolge der kapitalistischen Entwicklung, des Uebergangs von der Handarbeit zur Maschinenarbeit und vom Hausbetrieb zum Fabrikbetrieb, infolge der Arbeitsteilung und der Massenproduktion, überhaupt durch die Entstehung der gewerblichen Arbeiterfrage[11]) musste durch die

[9]) Vgl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags p. 52.
[10]) Vgl. zum folgenden namentlich Kaskel p. 5 ff, 193 ff; Hueck-Nipperdey I p. 100 ff, 381 ff; Silberschmidt I p. 39 ff.
[11]) Siehe darüber die Einleitung.

Gesetzgebung die Gestaltung des Dienstvertrages, namentlich die des gewerblichen Arbeitsvertrages mehr und mehr der freien Einzelvereinbarung entzogen bezw. derselben Schranken errichtet werden.

Zwar kannte auch bereits das Altertum z. B. in seinen Bergwerksbetrieben und das Mittelalter in seinen Fronhöfen und Handelshäusern Grossunternehmungen. Das freie Kräftespiel hatte aber trotz der rechtlichen Form der Freiheit bei der modernen Entwicklung des Grossunternehmens und bei den sich steigernden Klassengegensätzen zu unerfreulichen wirtschaftlichen und sozialen Zuständen und trotz des „freien Arbeitsvertrags" zu einen System der Unfreiheit geführt und den Arbeitnehmer vielfach in eine persönliche und namentlich wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber gebracht. Der Wille des Arbeitnehmers war bei der Gestaltung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse derart unter das Diktat des Arbeitgebers gebeugt, dass die Lage des Arbeitnehmers und des Dienstverpflichteten häufig drückender und seine Abhängigkeit vom Arbeitgeber und Dienstherrn vielfach grösser war als in früheren Zeiten.

Neben diesen Gefahren der Ausbeutung waren für die Arbeiter mit der industriellen Entwicklung und Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit entstanden. Daneben galt es für Kranke, Unfallbeschädigte, alte und invalide Arbeiter und für die Arbeitslosen ein Versicherungssystem zu schaffen unter teilweiser Aufbringung der Mittel durch die Beteiligten. ⟨Sozialversicherung⟩.

Infolge der gesamten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung blieb dem Arbeitnehmer in der Regel die Möglichkeit und Aussicht auf Erreichung einer höheren Stellung versperrt und in weiter Abkehr vom alten Treudienstvertrag standen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit ihren sich vielfach widersprechenden Interessen gegenüber. Der Satz vom freien Arbeitsvertrag ist zwar noch heute die Grundlage, auf der auch das Arbeitsrecht aufgebaut ist ⟨vergl. § 105 Gew.-O., § 611 BGB. Art. 152 Abs. 1 R.-V.⟩, aber „die Unzulänglichkeit der auf die individuelle Willenseinigung abgestellten Ordnung ist die treibende Kraft für die Weiterbildung des modernen Arbeitsrechts geworden[12]).

[12]) Vgl. Jacoby a. a. O. p. 6; Sinzheimer a. a. O. p. 155 ff. Hueck-Nipperdey I p. 103 ff mit weiteren Literaturangaben.

Aus sozialpolitischen Gründen setzte daher zur Beseitigung der sich aus dem sogenannten „freien Arbeitsvertrag" ergebenden Missstände eine Gegenströmung und eine staatliche Gesetzgebung ein, die zahlreiche Beschränkungen der freien Einzelvereinbarungen enthielt, um die wirtschaftlich Schwachen zu schützen und den durch die Interessenkämpfe der Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Allgemeinheit drohenden Schaden abzuwenden, und die dann „zu einer umfassenden Neuordnung des Arbeitsvertragsrechts im Geiste des verjüngten deutschen Rechtes führte[13]).

Weiten Teilen des Volkes stand zur Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung. Um diesen Volksschichten das zum Lebensunterhalt erforderliche Existenzminimum zu sichern und um im öffentlichen Interesse die physische, wirtschaftliche und moralische Leistungsfähigkeit des Arbeiterstandes zu schützen und zu erhalten, wollte die Gesetzgebung, nachdem auch die Arbeiter die ihnen nach ihrer Meinung günstigen Lehren des damaligen Sozialismus erfasst und eine feindliche Stellung gegen den damaligen Staat einzunehmen drohten, verhindern, dass die Arbeitnehmer auf Grund des, trotz der formellen Vertragsfreiheit, bei den Arbeitgebern liegenden Schwergewichts der Vertragsgestaltung zur Eingehung von Dienst- und Arbeitsverträgen gezwungen würden, die für sie wirtschaftlich und gesundheitlich ungünstig waren und die sie bei tatsächlicher Unabhängigkeit und Willensfreiheit nicht eingegangen hätten.

Diese sozialpolitischen Ziele der Sicherung des Arbeitsvertrags und der Erhaltung der Arbeitskraft suchte man hinsichtlich des Arbeitsvertrags zu erreichen, indem einerseits zum Schutze der Arbeiter Vorschriften erlassen wurden, die unbedingt Inhalt bezw. Folge jedes Arbeitsvertrages sein mussten und so aus obigen sozialpolitischen Gründen unmittelbar in das private Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eingriffen. Durch diese zum Arbeitsvertragsrecht gehörenden und in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen verstreuten Normen wurden dem Arbeitnehmer bestimmte vertragliche Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag gesichert.

[13]) Vgl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags p. 53; Hübner a. a. O. p. 544. Ueber die Entwicklung in den übrigen Ländern vergl. die Uebersicht und Literaturangaben bei Silberschmidt, das Deutsche Arbeitsrecht I p. 41 ff.

Es wurden dem Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer Verpflichtungen auferlegt, die „nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden" können (vergl. §§ 617—619 BGB.) und Abmachungen, die gegen solche Vorschriften verstiessen, wurden verboten mit der Rechtsfolge, dass widersprechende Vertragsbestimmungen nichtig sind (§ 134 BGB).

Diese zwingenden privatrechtlichen Normen genügten jedoch zur beabsichtigten Gefahrenabwehr nicht, weil der Arbeitnehmer vielfach, z. B. aus Furcht, seine Stellung zu verlieren, aus Rechtsunkenntnis usw. seine Rechtsansprüche nicht verfolgte. Es wurden deshalb zum Schutze der Arbeitnehmer öffentlich-rechtliche, einen polizeilichen Einschlag zeigende Vorschriften erlassen (Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn),[14] durch die zwar nicht unmittelbar der Vertragsinhalt beeinflusst wurde, sondern die vielmehr dem Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten zur öffentlich-rechtlichen Pflicht machen oder verbieten.[15] Diese Vorschriften sind der privaten Vereinbarung entzogen und durch sie entsteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Staat, nicht ein privatrechtliches zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, und die Arbeiterschutzpflichten sind keine privat-rechtlichen Vertragspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer, sondern öffentlich-rechtliche Pflichten gegenüber dem Staat, die durch Strafe, Kontrolle und Zwang gesichert werden und die nicht einheitlich zusammengefasst, sondern in einer Reihe von Gesetzen, Novellen, Ausführungsverordnungen und Unfallverhütungsvorschriften zum Schutze des Lebens und der Gesundheit und zur Sicherung des Lohnanspruches enthalten sind.

Beschränkungen in der Vertragsfreiheit aus sozialpolitischen Gründen, die sich in zahlreichen arbeitsrechtlichen Sondergesetzen der Vorkriegszeit finden, wurden teilweise auch in das BGB. übernommen, indem dieses das allgemeine Recht des Dienstvertrages regelt und in den §§ 617 und 618 zwingende Vorschriften enthält, die durch Vertrag von vornherein nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden können.

Dem BGB. ist der allgemeine Begriff und eine allgemeine Regelung des Arbeitsvertrages fremd. Es regelt lediglich als einen

[14] Ueber das System und Schrifttum desselben vergl. Staudinger, Vorbemerkung VII A I b zu Dienstvertrag.
[15] Vgl. Lotmar I p. 227 ff.

Vertrag, der auch für das eigentliche Arbeitsrecht in Betracht kommt und der der Ueberbegriff des Arbeitsvertrages ist, den Dienstvertrag und zwar in nur 20 Paragraphen (§§ 611–630 BGB.), die natürlich der Bedeutung des Arbeitsvertrags bei weitem nicht genügen konnten. Das BGB. hatte und hat deshalb für die eigentlichen Arbeitsverträge nur ergänzende Bedeutung, da diese der langen deutsch-rechtlichen Entwicklung entsprechend nach der Art der zu leistenden Arbeit in zahlreichen reichs- und landesrechtlichen Spezialgesetzen für die einzelnen Berufsstände geregelt sind, wie ja auch heute noch das Gesetz von einer einheitlichen Kodifikation des gesamten Arbeitsrechts und namentlich des Arbeitsvertragsrechts weit entfernt ist, vielmehr die meisten arbeitsrechtlichen Fragen, namentlich die des Arbeitsvertrags in zahlreichen Sondergesetzen und Verordnungen für die einzelnen Berufsstände und Wirtschaftszweige enthalten sind, die in ihrer Gesamtheit, insbesondere seit der Nachkriegszeit die Schaffung eines neuen Arbeitsrechts bedeuten.[16])

Die staatlichen Massnahmen des Arbeiterschutzes allein konnten jedoch die tatsächliche wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers und seine Gleichberechtigung gegenüber dem Arbeitgeber nicht herbeiführen. In der Erkenntnis, dass der einzelne Arbeitnehmer, dem nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stand, auch wenn ihn das Gesetz zum Teil schützte, dem Arbeitgeber, der im Besitz der übrigen Produktionsmittel sich befindet, wirtschaftlich unterlegen und nicht in der Lage war, sich entsprechende Lohn- und Arbeitsbedingungen und ein tatsächlich freies Vertragsverhältnis zu erringen, schlossen sich gegen Ende des Jahrhunderts die Arbeitnehmer, da ihre Macht in ihrer grossen Zahl liegt, zu freien Berufsverbänden, zu Gewerkschaften zusammen, was wieder zur Bildung ähnlicher Organisationen als Gegenbewegung auf der Arbeitgeberseite führte.[17]) Um einer freien Vertragsgestaltung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse näher zu kommen, setzte eine Entwicklung ein mit dem

[16]) Vergl. über die ganze Entwicklung namentlich Hueck-Nipperdey I p. 7–24; Silberschmidt a. a. O. I p. 59–71; vergl. auch Potthoff, „Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag" in der Deutschen Richterzeitung 13. Jahrgang 1921 Nr. 10 p. 312 ff.

[17]) Vgl. zum folgenden insbesondere Kaskel a. a. O. p. 5 ff, 15 ff, 267 ff; Hueck-Nipperdey II, 3. Buch, Das kollektive Arbeitsrecht; Jacobi a. a. O. p. 15 ff; Sinzheimer a. a. O. p. 67 ff, 207 ff; Silberschmidt a. a. O. II p. 71 ff.

Ziele, den individuellen Einzelarbeitsvertrag durch den kollektiven Arbeitsnormenvertrag zwischen Arbeitgeber bezw. Arbeitgeberverband und Arbeitnehmerverband, durch den Tarifvertrag zu ersetzen, im Ausgleich der beiderseitigen Interessen, der oft in Arbeitskämpfen (Aussperrung, Streik, Boykott) erfolgt, die der Staat wegen ihrer schädlichen Auswirkungen für die Volkswirtschaft einzudämmen bestrebt ist (System der korporativen Gebundenheit).

Mit der Revolution im November 1918 begann eine Rechtsentwicklung mit dem Ziele, die Wirtschaft noch mehr als bisher in Beziehung auf das Gesamtinteresse zu regeln und die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen im Sinne der sozialen Gebundenheit zu Gunsten des Gemeinwohles zurückzudrängen. Diese Entwicklung führte zu einer Neugestaltung des Arbeitsrechts.

Einerseits forderte die steigende wirtschaftliche Not der Kriegs- und Nachkriegszeit aus sozialen Gründen das Zurückstellen individueller egoistischer Interessen hinter das Allgemeininteresse. In Verbindung damit erfolgten wachsende Zugeständnisse an die sozialistischen Forderungen[18]) nach Einschränkung der privatrechtlichen Freiheit bei Begründung, Inhaltsbestimmung und Aufhebung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen in stärkeren Masse als bisher infolge der Revolution. Diese beiden Umstände namentlich hatten besonderen Einfluss auf die nachkriegszeitliche Entwicklung des Arbeits- und Arbeitsvertragsrechts und führten zu einem allmählichen und fortschreitenden Abbau der individualistischen Grundsätze des bisherigen Rechts. Wenn auch trotz der Verheissung des Art. 157 Abs. II R.V.: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht" die arbeitsrechtlichen Normen noch in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen verstreut sind, so ist doch auf ihrer Gesamtheit der Beginn einer Entwicklung zu verspüren, die man bezeichnen kann als Sozialisierung des Privatrechts in dem Sinne, dass darunter „eine Neuordnung des Wirtschaftslebens unter dem vorwiegenden Gesichtspunkt des Gesamtinteresses" zu verstehen ist.[19])

Rein sozialistisch sind neben dem Art. 156 R.V. die Bestimmungen über den Schutz der Arbeitskraft, über soziale Fürsorge,

[18]) Vgl. darüber Jacobi a. a. O. p. 25 ff; Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht p. 41 ff.

[19]) Vgl. Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts a. a. O. p. 5.

Arbeitspflicht, Recht auf Arbeit ‹R.V. Art. 157, 161–163› und namentlich Art. 165 Abs. I Satz 1 R.V. gedacht, der die Arbeiter und Angestellten dazu beruft, „gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken". Die sozialistischen Forderungen wurden jedoch nicht restlos verwirklicht und, weil die sozialistische Arbeiterschaft im Parlament zwar stark aber nicht vorherrschend vertreten war, in die Reichsverfassung nur um den Preis erheblicher Abschwächungen und starker Zugeständnisse an die überlieferte individualistische, bezw. nach sozialistischer Auffassung kapitalistische Wirtschaftordnung aufgenommen ‹vergl. R.V. Art. 164 Schutz des Mittelstandes, Art. 152 Vertragsfreiheit, Art. 153 Privateigentum, Art. 154 Erbrecht›.[20]›

Die Sozialisierung suchte man durch Eingreifen des Staates im Wege der Gesetzgebung und Kraft öffentlichen Rechts zu erreichen. Ein Grundpfeiler der individualistischen Rechts- und Wirtschaftsordnung ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Sozialisierung des Privatrechts im oben dargelegten Sinne ist daher für die Vertragsfreiheit von besonderer Bedeutung. Die, die neue Rechtsentwicklung beherrschenden Grundsätze beruhen auf der Reichsverfassung vom 11. August 1919,[21]› die in Art. 151 bestimmt: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern. — Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienste überragender Forderungen des Gemeinwohls. — Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Massgabe der Reichsgesetze gewährleistet". Art. 152 Abs. I fährt fort: „Im Wirtschaftsverkehre gilt Vertragsfreiheit nach Massgabe der Gesetze".

Wenn auch die neue Reichsverfassung schrankenlosen Individualismus und ungehemmte Herrschaft des Kapitalismus ablehnt, so

[20]› Vgl. Anschütz p. 391 ff.

[21]› Ueber den Einfluss der R. V. auf das neue Arbeitsrecht vergl. Hueck-Nipperdey I p. 20 ff und die dort in Anmerkung 3 angegebene Spezialliteratur.

erkennt sie doch grundsätzlich die bisherige individualistische Rechts- und Wirtschaftsordnung an und gewährleistet dem Einzelnen auch für die Zukunft wirtschaftliche Freiheit. Die Reichsverfassung, die übrigens in vielen Punkten ein Kompromiss von sich widerstrebenden Interessen und Anschauungen darstellt, betont aber gleichzeitig ausdrücklich, dass individueller Freiheit nur insoweit die Bahn offen steht, als sie nicht mit den Gesamtinteressen und mit dem Allgemeinwohl in Widerspruch steht. In diesem Falle werden der privatrechtlichen Freiheit Schranken gesetzt und der Einzelne muss sich der Gemeinschaft ein- und unterordnen. Da ferner dem Einzelnen nicht bloss das Existenzminimum, sondern ein menschenwürdiges Dasein gewährleistet werden soll, folgt aus diesen Darlegungen die neue Einstellung der Rechtsordnung zur Arbeit. Solche und ähnliche Bestrebungen hatten zwar auch schon die Gesetzgebungswerke der bisherigen Rechtsordnung, die sich den arbeitenden Klassen gegenüber schon längst von den Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus freigemacht hatte, massgebend beeinflusst (Arbeiterschutz und Arbeiterversicherung!). Die neue Rechtsordnung aber gab diesen Zielen eine verfassungsmässige Festlegung.

In ähnlicher Richtung bewegt sich Art. 157 R.V.: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutze des Reichs. — Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht".

Wie nach Beendigung des deutsch-französischen Krieges von 1870/71 und der Gründung des neuen Kaiserreiches dem jungen Deutschland die grosse Friedensaufgabe oblag, ein einheitliches und vielfach neues Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht zu schaffen, so ist es nach dem leider unglücklich ausgegangenen Weltkrieg Aufgabe der jungen Republik geworden, ein einheitliches und vielfach neues Arbeitsrecht zu schaffen und dieses Ziel ist auch in der Verfassung niedergelegt.[22])

Wie in der Wirtschaft, so entstehen auch im Recht eigenartige, sich vielfach widersprechende Institute, die einerseits im Individualismus, andererseits im Kollektivismus wurzeln, und das neueste Arbeitsrecht ist vielfach das Ergebnis des Kampfes zwischen diesen beiden sich widerstrebenden Kräften.

[22]) Ueber die Geschichte der Entstehung eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches vergl. Siefart, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht I. Jahrgang, September 1921 Heft 5—6 p. 261 ff.

Infolge der gehobenen Bedeutung der Arbeit und des Arbeitsrechts in der neuen Rechtsordnung ist auch die Sozialisierung des Privatrechts im besonderen Masse bei der Materie des Arbeitsrechts[23]) zu verspüren. Die Privatrechtsgrundsätze, namentlich die Vertragsfreiheit, die auch im Arbeitsrecht eine Rolle spielen, wurden zwar nicht völlig durch öffentlich-rechtliche Grundsätze verdrängt; im Dienstvertragsrecht wie im Recht des abhängigen Arbeitsvertrags gilt zunächst noch das Prinzip der Vertragsfreiheit (§ 105 Gew.O. Art. 152 R. V.). Aber es ist ein Grundzug des modernen Arbeitsrechts, die Vertragsfreiheit weitgehend auszuschalten, und das öffentliche Recht setzte den Grundsätzen des Privatrechts namentlich der Vertragsfreiheit derartige Schranken, dass das Arbeitsrecht nunmehr als eine Materie anzusehen ist, die von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Grundsätzen durchdrungen ist und in der sich auch gemischte Rechtsfiguren befinden[24]).

Wie auf das Arbeitsrecht überhaupt, so hat das öffentliche Recht in steigendem Masse auch auf das Recht des Dienst- und Arbeitsvertrages eingewirkt. Oeffentlich-rechtliche Einrichtungen deutschrechtlichen Ursprungs, die im Gesinderecht, Handwerksrecht, im Bergrecht und im Seerecht seit langem ausgebildet und lebendig geblieben waren, haben dabei vielfach zum Vorbild gedient. In der Zurückdrängung des Privatrechts durch das öffentliche Recht ist aber auch eine Hervorhebung der personenrechtlichen Elemente der Dienst- und Arbeitsverhältnisse zu erblicken, was ebenfalls der

[23]) Ueber die Grundgedanken des jetzt geltenden Arbeitsrechts vergl. namentlich Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, Berlin 1922; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena 1927 p. 3 ff; Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts; nähere Angaben über das Schrifttum siehe bei Staudinger, Vorbemerkung VII A zu „Dienstvertrag".

[24]) Vergl. z. B. Begründung und Inhaltsbestimmung von Arbeitsverhältnissen mit Schwerbeschädigten nach dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. I. 23 durch Staatsakt; Bindung an die staatliche Genehmigung bei Kündigung von Arbeitsvertragsverhältnissen nach dem Schwerbeschädigtengesetz, nach der Stillegungsverordnung vom 8. XI. 20 / 15. X. 23 und nach dem Betriebsrätegesetz; Verbindlichkeitserklärung von Schiedssprüchen durch die Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. X. 23; Entscheidung des Schlichtungsausschusses nach §§ 75, 80 des Betriebsrätegesetzes; Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen nach der sogen. Tarifvertragsverordnung vom 23. XII. 18, der V.O. vom 31. V. 20 und dem Gesetz über die Erklärung der allgemeinen Verbindlichkeit von Tarifverträgen vom 23. I. 23. Vergl. darüber näheres bei Jacobi a. a. O. p. 25 ff, 93 ff.

deutschrechtlichen Auffassung eigen ist. Der privatrechtliche, schuldrechtliche Dienst- und Arbeitsvertrag ist zwar die Grundlage des Arbeitsrechtes geblieben; sein Aufbau wird aber durch Einwirkungen des öffentlichen Rechts massgebend bestimmt, namentlich hinsichtlich seines Inhalts ‹Arbeiterschutzgesetzgebung›[25].

Das Bestreben, die Gestaltung des Arbeitsvertrages nicht mehr der Einzelvereinbarung zu überlassen, sondern durch kollektive Vereinbarung zu regeln, und die Gleichberechtigung der Arbeitnehmer durch Mitwirken bei der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, drang siegreich durch. Die neueste Gesetzgebung schuf wieder „ein Arbeitsrecht in dem auf Kosten der Vertragsfreiheit die berufsorganisatorische Funktion des Dienstvertrages, sein Persönlichkeitswert und seine Vergemeinschaftungskraft zu machtvoller Geltung gelangt sind. Darüber hinaus haben freie genossenschaftliche Verbände die Regelung der Arbeitsverträge in die Hand genommen und in erheblichem Umfange ein berufsständiges Gemeinschaftsrecht geschaffen“[26].

Das auf römisch-rechtlicher Grundlage beruhende, in der Zeit des wirtschaftlichen Liberalismus zu seiner heutigen Form entwickelte und im allgemeinen individualistisch eingestellten Privatrecht konnte allein für sich die wirtschaftlichen Forderungen und arbeitsrechtlichen Aufgaben der neuesten Zeit nicht mehr befriedigend erfüllen und es wurde daher der Uebergang zum Kollektivismus eingeleitet, der seinerseits jedoch den Arbeitnehmer nicht als Produktionsfaktor ansieht, sondern der Einzelpersönlichkeit im Rahmen der Belastungsfähigkeit der Wirtschaft besonderen Schutz angedeihen lässt.

Nach Verhandlungen mit den grossen Arbeitgeberverbänden wurden im Abkommen vom 15. November 1918 die Gewerkschaften als berufene Vertreter der Arbeiterschaft von den Arbeitgeberverbänden anerkannt. Die Spitzenverbände der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinigten sich zwecks genereller Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen für sämtliche Arbeiter zu einer Arbeitsgemeinschaft. Nach der Vereinbarung dieser Arbeitsgemeinschaft sollen die Arbeitsbedingungen für

[25] Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 62 ff.
[26] Vergl. Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags a. a. O. p. 53 f.; vergl. auch seine Ausführungen auf p. 54—62.

alle Arbeiter und Arbeiterinnen nicht mehr durch Einzelvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern durch Kollektivvereinbarung zwischen Arbeitgeber bezw. Arbeitgeberverband und den Gewerkschaften als den Berufsvereinigungen der Arbeitnehmer festgesetzt werden. Diese Verbände, welche diese Arbeitsgemeinschaft bilden, umfassen beinahe die gesamte Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft und die Entwicklung der Nachkriegszeit hat auch die bisher noch nicht organisierten Arbeitnehmer den Verbänden zugeführt, sodass heute tatsächlich der Inhalt der meisten Arbeitsverhältnisse in der Regel nicht mehr individuell durch Einzelarbeitsverträge, sondern kollektiv durch Vereinbarungen der Berufsverbände einheitlich für ganze Berufszweige, durch Tarifverträge geregelt wird. Die Bedeutung der Tarifverträge wurde durch Erhebung ihres normativen Teils zu autonomen Rechtsnormen, durch Unmittelbarkeitswirkung, Unabdingbarkeit für die Einzelarbeitsverträge zwischen Tarifbeteiligten und durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung der tariflichen Arbeitsbedingungen für Arbeitsverträge mit oder zwischen Aussenseitern[27]) ungeheuer gesteigert. Das Gesamtvereinbarungsrecht (Kollektivarbeitsrecht)[28]) seinerseits steht in engster Verbindung mit dem Hauptteil des Individualarbeitsrechts,[29]) dem Arbeitsvertragsrecht, weil ja sowohl Tarifvertrag als auch Betriebsvereinbarung (Arbeitsordnung) den Inhalt der Arbeitsverhältnisse regeln.

Während in der Vorkriegszeit eine gesetzliche Regelung der Tarifverträge fehlte, diese vielmehr lediglich nach allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts behandelt wurden, das als individualistisches Recht den neuen kollektiven Bestrebungen fremd gegenüber stand, brachte die Nachkriegszeit in der sogenannten Tarifvertragsordnung vom 23. XII. 1918 die siegreiche Durchsetzung des Kollektivgedankens und seine verfassungsmässige Anerkennung und Verankerung in den Artikeln 159 und 165 der Reichverfassung vom 11. August 1919. Der Tarifvertrag als Kollektivvertrag mit Vorrang vor den Indivitualverträgen bedeutet „die Reaktion gegen die

[27]) Vergl. darüber Staudinger, Vorbemerkung VIII, 5 zu Dienstvertrag.
[28]) Ueber System und Schrifttum des Kollektivarbeitsrechts vergl. Staudinger, Vorbemerkung VII A 2 zu Dienstvertrag.
[29]) Ueber das System des Individualarbeitsrechts und seine Literatur vergleiche Staudinger, Vorbemerkung VII A 1 zu Dienstvertrag.

Freiheit der Parteien des abhängigen Arbeitsvertrages in der inhaltlichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die zu einseitiger Festsetzung des Inhalts des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber führte. Er liefert eine Rechtsform, die es den im Wege der Selbsthilfe organisierten Arbeitnehmern ermöglicht, als Gesamtheit die Arbeitsregeln mit den Arbeitgebern zu vereinbaren und dadurch die formale rechtliche Gleichstellung in eine wirkliche Gleichberechtigung zu verwandeln".[30] Durch die Tarifverträge erlangte einerseits der einzelne Arbeitnehmer, da er dem Arbeitgeber nicht mehr als Einzelperson, sondern vielmehr als Einzelglied der grossen Betriebs- und Berufsorganisationen gegenübertritt, die die Gestaltung des Inhalts der Einzelarbeitsverträge hauptsächlich durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung übernehmen und ersetzen, eine grössere wirtschaftliche Freiheit bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen als früher, wo die Einzelvereinbarung die Regel war und der Arbeitnehmer als der wirtschaftlich Schwächere dem Arbeitgeber unterlegen war.

Für den Arbeitgeber liegt die Bedeutung des Tarifvertrags auch noch darin, dass der langfristige Abschluss eines solchen ihm neben der sogenannten Kartellwirkung eine festere Grundlage und bessere Sicherheit für seine Fabrikations- und Preiskalkulation gewährt.

Was die Gesamtvereinbarungen (Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung) betrifft, so sind sie durch gesetzliche Vorschriften zum Schutze der Arbeiter begrenzt und die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse ist der Einzelvereinbarung nur insoweit überlassen, als keine Normen durch Gesetz, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung entgegenstehen[31]. Neuerdings ist nämlich neben die freiwilligen

[30] Vergl. Hueck-Nipperdey a. a. O. II p. 47. Vergl. auch Sinzheimer a. a. O. p. 145: „Die beiden Mächte die dem „freien Arbeitsvertrag" im Laufe einer von schweren geistigen und wirtschaftlichen Kämpfen erfüllten Geschichte entgegengetreten sind, sind der Staat und die Kollektivmächte der Arbeit. Staatliches Schutzrecht und autonomes Kollektivrecht haben auf weiten Gebieten den Einzelvertrag in der Bestimmung des Arbeitsverhältnisses zurückgedrängt. Nur soweit kann sich der Einzelwille noch betätigen, als ihm die festgefügte soziale Personenordnung Raum lässt". Vergleiche auch den Aufsatz „Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag" von Potthoff in Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes, Berlin 1922 p. 46 ff.

[31] Ueber den Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf den Abschluss von Arbeitsverträgen vergl. Hueck-Nipperdey I p. 124.

Berufsverbände eine Organisation der Belegschaft innerhalb der einzelnen Betriebe getreten und zwar auf Grund des Art. 165 R.V. durch das Betriebsrätegesetz, das die Einführung des konstitutionellen Systems in der Fabrik an Stelle des absoluten brachte und das Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeiter- und Angestelltenrat innerhalb des Betriebs zur Regelung der Arbeitsbedingungen und der Lücken des Tarifvertrags namentlich durch Arbeitsordnung und Dienstvorschriften vorsieht ⟨Betriebsverbandsrecht⟩[32]).

Der juristische Typus „Dienstvertrag", bei dem mehr die privatrechtliche Funktion betont wird, büsst in seiner Bedeutung mehr und mehr ein und wird durch den Typus „Arbeitsvertrag" unter grösserer Betonung der sozialen Seite verdrängt. Der Arbeitsvertrag seinerseits ist viel enger mit den Grundgedanken des deutsch-rechtlichen Dienstvertrags verbunden, als mit der unpersönlichen römisch-rechtlichen locatio conductio operarum.

Wenn auch jede Dienstleistung eine gewisse Abhängigkeit mit sich bringt und namentlich die Unselbständigkeit beim Arbeitsvertrag[33]) nach herrschender Lehre begriffswesentlich ist, und infolge verschiedener Umstände ⟨z. B. Direktionsrecht⟩ ein gewisses Machtverhältnis vorliegt, so hat doch die Stellung des Arbeitnehmers in keiner Weise mehr eine Aehnlichkeit mit dem Eigentum des Herrn an seinen Sklaven, vielmehr ist die Persönlichkeit des Dienstverpflichteten und des Arbeitnehmers vollkommen anerkannt, ja der Zug der Zeit geht sogar dahin, die fremdbestimmte Arbeit in mitbestimmte Arbeit umzuwandeln und „man ersetzte den römisch-rechtlichen Grundsatz der freien Einzelregelung der Vertragsbedingungen durch den einer genossenschaftlichen Regelung unter Bindung des Einzelnen an die Berufsgenossenschaft. Damit griff man zurück auf alte deutsche Rechtsgedanken, die man im demokratischen Sinne neu belebt"[34]).

Es hat zwar den Anschein, als ob durch die neueste Entwicklung infolge der zunehmenden Bedeutung der Tarifverträge und der Bekämpfung patriarchalischer Verhältnisse der personenrechtliche Einschlag im Arbeitsvertrag zurückgedrängt und der Zug

[32]) Vergl. darüber Staudinger, Vorbemerkung VIII, 6 zu Dienstvertrag mit zahlreichem Schrifttum.
[33]) Siehe darüber die Einleitung.
[34]) Vgl. Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts a. a. O. p. 8 f.

der Zeit nach Ausbildung eines kalten Austauschverhältnisses von Arbeitsleistung gegen Lohn, also eines ausschliesslich schuldrechtlichen Vertrages gehen würde. Der moderne Arbeitsvertrag hat sich insofern, als sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht mehr so sehr als Herr und Diener gegenübertreten, sondern vielmehr als Gläubiger und Schuldner, deren gegenseitige Rechte und Pflichten in erster Linie einerseits in der Leistung von Arbeit und andererseits in der Zahlung von Lohn bestehen, wieder dem römischen Recht genähert. Doch sind überall mehr oder minder starke Elemente personenrechtlichen und deutschrechtlichen Ursprungs festzustellen. Als wesentlich neue Erscheinung am Dienst- und Arbeitsvertragsrecht ist das Interesse der Allgemeinheit an der Gestaltung der einzelnen Dienst- und Arbeitsverhältnisse festzustellen, was in der Zurückdrängung der Grundsätze des Privatrechts durch das öffentliche Recht und durch die Inhaltsbestimmung der Dienst- und Arbeitsverträge nicht mehr so sehr nach dem Willen der daran unmittelbar beteiligten Einzelpersonen, als vielmehr nach dem Willen der Berufs- und Betriebsorganisationen, seinen Ausdruck findet. Wie der Typus Dienstvertrag an Bedeutung durch die Ausdehnung des Arbeitsvertrages verlor, so wird seinerseits der individuelle Einzelarbeitsvertrag in steigendem Masse durch den kollektiven Tarifvertrag ersetzt.

Die Spuren seiner geschichtlichen Entwicklung aber kann der Dienst- und Arbeitsvertrag nicht verleugnen. Römisch-rechtliche und namentlich deutsch-rechtliche, schuldrechtliche und namentlich personenrechtliche Elemente stehen im heutigen Dienst- und Arbeitsvertrag in engster Verbindung miteinander.

Lebenslauf.

Ich wurde am 7. August 1906 in Bamberg geboren, als Sohn der damaligen Schutzmanns- und heutigen Kriminal-Oberkommissarseheleute Georg und Franziska Krapp, letztere eine geb. Bayer. Ich besitze die Staatsangehörigkeit in Bayern.

Nach 4jährigem Besuch der Volksschule — Domschule — in Bamberg trat ich im Herbst 1916 in das humanistische Alte Gymnasium in Bamberg ein, das ich am 24. März 1926 mit dem Reifezeugnis verliess.

Ich widmete mich sodann vom Sommersemester 1926 ab 8 Semester lang dem Studium der Rechtswissenschaft und zwar ausschliesslich an der Universität Erlangen, wo ich am 13. Februar 1930 die Universitätsschlussprüfung als erste Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst bestand.

Vom 1. März 1930 bis 28. Februar 1931 stand ich als Referendar im Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht Bamberg und seitdem befinde ich mich in gleicher Eigenschaft am Landgericht Bamberg.

Bamberg, den 9. April 1931.

Philipp Krapp
Referendar am Landgericht Bamberg.